المُقنِع

لموفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة المقدسيّ
٥٤١ - ٦٢٠هـ

و :

الشرحُ الكبيرُ

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسيّ
٥٩٧ - ٦٨٢هـ

ومعهما :

الإنصاف

في معرفةِ الراجحِ مِنَ الخِلافِ

لعلاء الدين أبي الحسن على بن سليمان بن أحمد المَرْداوِيّ
٨١٧ - ٨٨٥هـ

تحقيق

الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

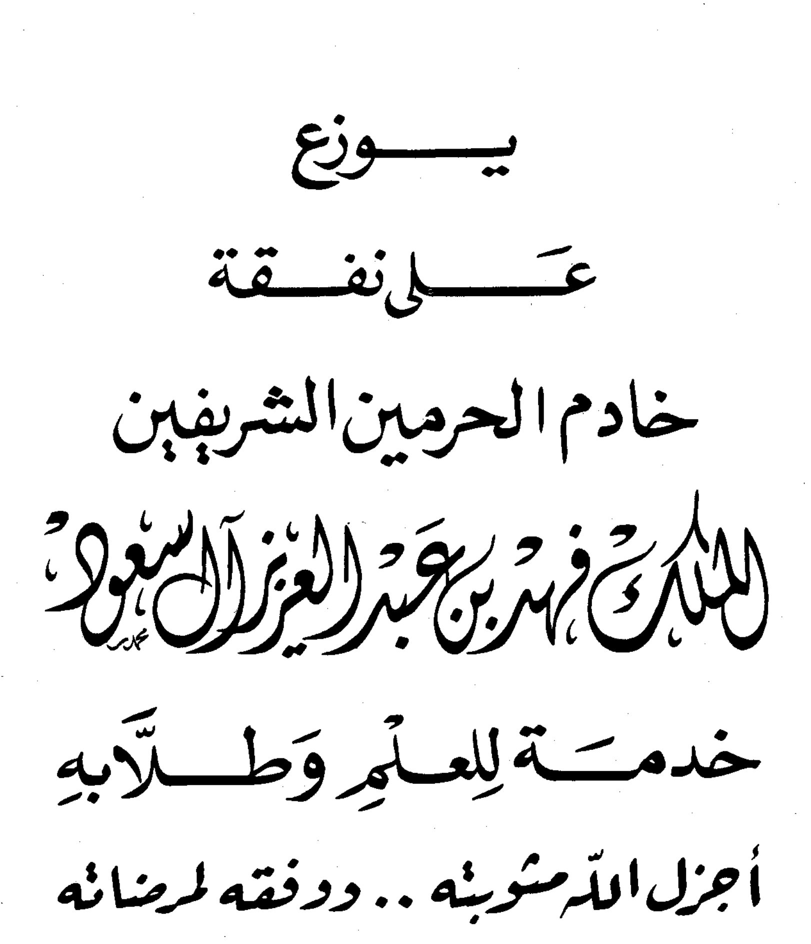
الجزء السابع عشر

الهِبَة والعَطِية - الوَصَايَا

هجر
للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

الطبعة الأولى
١٤١٦هـ = ١٩٩٥م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة



يوزع
على نفقة
خادم الحرمين الشريفين
الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود
خدمة للعلم وطلابه
أجزل الله مثوبته .. ووفقه لمرضاته



بسم الله الرحمن الرحيم

المقنع

بَابُ الْهِبَةِ وَالْعَطِيَّةِ

وَهِىَ تَمْلِيكٌ فِى حَيَاتِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ .

الشرح الكبير

بابُ الهِبَةِ والعَطِيَّةِ

(وهى تَمْلِيكٌ فى الحَياةِ بغيرِ عِوَضٍ) الهِبَةُ والعَطِيَّةُ والهَدِيَّةُ[1] والصَّدَقَةُ مَعانِيها مُتقارِبَةٌ ، وهى تَمْلِيكٌ فى الحياةِ بغيرِ عِوَضٍ ، واسْمُ الهِبَةِ والعَطِيَّةِ شامِلٌ لجَميعِها . فأمّا الصَّدَقَةُ والهَدِيَّةُ فهما مُتَغايِران وإن دَخَلا فى مُسَمَّى الهِبَةِ والعَطِيَّةِ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ كان يَأْكُلُ الهَدِيَّةَ ولا يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ[2] . وقال فى اللَّحْمِ الذى تُصُدِّقَ به على بَرِيرَةَ : « هُوَ عَلَيْها صَدَقَةٌ ، وَلَنا هَدِيَّةٌ »[3] . فالظّاهِرُ أنَّ مَن أعْطَى شيئًا يَنْوِى به التَّقَرُّبَ إلَى

الإنصاف

بابُ الهِبَةِ والعَطِيَّةِ

قوله : وهى تَمْلِيكٌ فى حَياتِه بغيرِ عِوَضٍ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ . وقيل : الهِبَةُ تقْتَضِى عِوَضًا . وقيل : مع عُرْفٍ . فلو أعْطاه ليُعاوِضَه ، أو ليَقْضِىَ له به حاجَةً ، فلم يَفِ ، فكالشَّرْطِ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ .

---

(1) فى م : « الهبة » .

(2) تقدم تخريجه فى ٧/٢٩٧ .

(3) تقدم تخريجه فى ٧/٢٩٨ .

المقنع

فَإِنْ شَرَطَ فِيهَا عِوَضًا مَعْلُومًا ، صَارَتْ بَيْعًا . وَعَنْهُ ، يَغْلِبُ فِيهَا حُكْمُ الْهِبَةِ .

الشرح الكبير

اللهِ تعالى للمُحْتاجِ ، فهو صَدَقَةٌ ، ومَن دَفَع إلى إنْسانٍ شيئًا للتَّقَرُّبِ إليه والمَحَبَّةِ له ، فهو هَدِيَّةٌ . وجَمِيعُ ذلك مَنْدُوبٌ إليه ؛ فإنَّ النبيَّ ﷺ قال : « تَهَادُوا تَحَابُّوا »[1] . وأمّا الصَّدَقَةُ فما وَرَد فى فَضْلِها كثِيرٌ ، وقد قال اللهُ تعالى : ﴿ إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَـٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنكُم مِّن سَيِّـَٔاتِكُمْ ﴾[2] .

٢٦٠٢ – مسألة : (فإن شَرَط فيها عِوَضًا مَعْلُومًا ، صارت بَيْعًا . وعنه ، يَغْلِبُ فيها حُكْمُ الهِبَةِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الهِبَةَ المُطْلَقَةَ لا تَقْتَضِى ثَوابًا ، سَواءٌ كانت لِمِثْلِه أو دُونِه أو أعْلَى منه . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ كقَوْلِنا فيما إذا كانت لِمِثْلِه [٥/٢٣٥و] أو دُونِه ، وإن كانت لأعْلَى

الإنصاف

قوله : فإنْ شرَط فيها عِوَضًا مَعْلُومًا ، صارَتْ بَيْعًا . حُكْمُها حُكْمُ البَيْعِ فى ثُبوتِ الخِيارِ ، والشُّفْعَةِ ، وغيرِهما . هذا المذهبُ . قال الحارِثِىُّ : قالَه القاضى وأصحابُه . وليس مَنْصوصًا عنه ، ولا عن مُتَقَدِّمِى أصحابِه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه فى « الخُلاصَةِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الهِدايَةِ » . وقيل : هى بَيْعٌ مع التَّقابُضِ . وعنه ، يُغَلَّبُ فيها حُكْمُ الهِبَةِ . [٢/٢٥٥و] ذكَرَها أبو الخَطَّابِ . وقال الحارِثِىُّ :

---

(١) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المهاجرة ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٢/٩٠٨ .
(٢) سورة البقرة ٢٧١ .

الشرح الكبير

منه اقْتَضتِ الثَّوابَ ، فى أحَدِ القَوْلَيْن . وهو قولُ مالِكٍ ؛ لقولِ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه : مَن وَهَب هِبَةً أراد بها الثَّوابَ فهو على هِبَتِه ، يَرْجِعُ فيها إذا لم يُرْضَ منها[1] . ولَنا ، أنَّها عَطِيَّةٌ على وَجْهِ التَّبرُّعِ ، فلم تَقْتَضِ ثَوابًا ، كهِبَةِ المِثْلِ والوَصِيَّةِ ، وقولُ عُمَرَ قد خالَفَه ابْنُه وابنُ عباسٍ ، فلا يَبْقَى حُجَّةً . فإن عَوَّضَه عن الهِبَةِ كانت هِبَةً مُبْتَدَأةً لا عِوَضًا ، أيُّهما أصاب عَيْبًا لم يكنْ له الرَّدُّ . وإن خَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً أخَذَها صاحِبُها ، ولم يَرْجِعِ المَوْهُوبُ له ببَدَلِها . فإن شَرَط فى الهِبَةِ ثَوابًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه تَمْلِيكٌ بعِوَضٍ مَعْلُومٍ ، فهو كالبَيعِ[2] ، وحُكْمُها حُكْمُ البَيْعِ فى ثُبُوتِ الخِيارِ والشُّفْعَةِ . وبه قال أصحابُ الرَّأْىِ . ولأصحابِ الشافعيِّ قولٌ ، أنَّها لا تَصِحُّ ؛ لأنَّه شَرَط فى الهِبَةِ ما يُنافِى مُقْتَضاها . ولَنا ، أنَّه تَمْلِيكٌ بعِوَضٍ ، فصَحَّ ، كما لو قال : مَلَّكْتُكَ هذا بدِرْهَمٍ . فإنَّه لو أطْلَقَ التَّمليكَ كان هِبَةً ، فإذا ذَكَر العِوَضَ صار بَيْعًا . وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى ذَكَرَها أبو الخَطَّابِ ، أنَّه يَغْلِبُ عليها حُكْمُ الهِبَةِ ، فلا تَثْبُتُ فيها أحْكامُ البَيْعِ المُخْتَصَّةُ به .

الإنصاف

هذا المذهبُ ، وهو الصَّحيحُ ، وهو مَتِينٌ جدًّا . وقال عنِ الأوَّلِ : هو ضَعيفٌ جِدًّا . انتهى . قال القاضى : ليستْ بَيْعًا ، وإنَّما الهِبَةُ تارَةً تكونُ تبرُّعًا ، وتارَةً تكونُ بعِوَضٍ ، وكذلك العِتْقُ ، ولا يخْرُجان عن مَوْضوعِهما . قال فى « الفُروعِ » :

---

(١) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى الهبة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٤ .

(٢) فى م : « كالهبة » .

المقنع

وَإِنْ شَرَطَ ثَوَابًا مَجْهُولًا ، لَمْ تَصِحَّ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : يُرْضِيهِ بِشَىْءٍ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ لَمْ يَرْضَ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، أَوْ فِى عِوَضِهَا إِنْ كَانَتْ تَالِفَةً .

الشرح الكبير

٢٦٠٣ – مسألة : (وإن شَرَط ثَوابًا مَجْهُولًا ، لم تَصِحَّ) الهِبَةُ ، وحُكْمُها حُكْمُ البَيْعِ الفاسِدِ ؛ لأَنَّه عِوَضٌ مَجْهُولٌ فى مُعاوَضَةٍ ، فلم يَصِحَّ ، كالبَيْعِ ، ويَرُدُّها المَوْهُوبُ له بزِيادَتِها المُتَّصِلَةِ والمُنْفَصِلَةِ ؛ لأَنَّه نَماءُ مِلْكِ الواهِبِ . وإن كانت تالِفَةً رَدَّ قِيمَتَها . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ (وعنه ، أَنَّه قال : يُرْضِيه بشىءٍ) وظاهِرُ كَلامِ أحمدَ ، أَنَّها تَصِحُّ ، فإذا أَعْطاه عنها عِوَضًا رَضِيَه ، لَزِم العَقْدُ بذلك . قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ محمدِ بنِ الحَكَمِ : إذا قال الواهِبُ : هذا لك على أن تُثِيبَنِى . فله أن يَرْجِعَ إذا لم يُثِبْه ؛ لأَنَّه شَرْطٌ . وقال ، فى رِوايَةِ إسماعيلَ بنِ سعيدٍ : إذا وَهَب له على وَجْهِ الإِثابَةِ ، فلا يجوزُ إلَّا أن يُثِيبَه منها (فعلى هذا) عليه أن يُعْطِيَه حتى يُرْضِيَه ، فإن لم يَفْعَلْ فللواهِبِ (الرُّجُوعُ فيها ، أو عِوَضُها إن كانت تالِفَةً) لأَنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ فاسِدٌ ، فلَزِمَه ضَمانُ العَيْنِ إذا تَلِفَتْ ،

الإنصاف

وإنْ شرَطَه ، وكان معلُومًا ، صحَّتْ ، كالعارِيَّةِ . وقيل : بقِيمَتِها بَيْعًا . وعنه ، هِبَةً . انتهى .

تنبيه : أفادَنا المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ ، صِحَّةَ شَرْطِ العِوَضِ فيها . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . وقيل : لاتصِحُّ مُطْلَقًا .

قوله : وإنْ شرَط ثَوابًا مَجْهُولًا ، لم تصِحَّ . (1يعْنِى الهِبَةَ1) . وهو المذهبُ ،

(١ – ١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

كالبَيْعِ الفاسِدِ . ويَحتَمِلُ أن يُعْطِيَه قَدْرَ قِيمَتِها . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ هذا بَيْعٌ ، فيُعْتَبَرُ له التَّراضِى ، إلَّا أنَّه بَيْعٌ بالمُعاطاةِ . فإذا عَوَّضَه عِوَضًا رَضِيَه حَصَلَ البَيْعُ بما حَصَلَ مِن المُعاطاةِ مع التَّراضِى بها ، وإن لم يَحْصُلِ التَّراضِى لم يَصِحَّ ؛ لعَدَمِ العَقْدِ ، فإنَّه لم يُوجَدِ الإيجابُ والقَبُولُ [٢٣٥/٥ظ] ولا المُعاطاةُ ولا التَّراضِى . والأصْلُ فى هذا قولُ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : مَنْ وَهَب هِبَةً أراد بها الثَّوابَ فهو على هِبَتِه ، يَرْجِعُ فيها ما لم يُرْضَ منها . ورُوِىَ مَعْنَى ذلك عن عَلِىٍّ ، وفَضالَةَ بنِ عُبَيْدٍ ، ومالِكِ بنِ أنَسٍ . وهو قولُ الشافعىِّ ، على القولِ الذى يَرَى أنَّ الهِبَةَ المُطْلَقَةَ تَقْتَضِى ثَوابًا . وقد رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ أعْرابِيًّا وَهَب النبىَّ ﷺ ناقَةً ، فأعْطاه ثَلاثًا فأبَى فزادَه ثَلاثًا ، (١ فأبَى ، فزادَه ثَلاثًا١) فلمّا كَمَلَتْ تِسْعًا ، قال : رَضِيتُ . فقال النبىُّ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أنْ لَا أتَّهِبَ إلَّا مِنْ قُرَشِىٍّ أوْ أنْصَارِىٍّ أو ثَقَفِىٍّ أوْ دَوْسِىٍّ » . من « المُسْنَدِ »(٢) . فإن تَغَيَّرَتِ العَيْنُ المَوْهُوبَةُ بزِيادَةٍ أو

الإنصاف

وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ . قال فى « الخُلاصَةِ » : لم يصِحَّ فى الأصحِّ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وعنه ، أنَّه قال : يُرْضِيه بشئٍ . فيصِحُّ . وذكَرَها الشَّيْخُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) المسند ٢/٢٤٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى قبول الهدايا ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٠ . والترمذى ، فى : باب مناقب ثقيف وبنى حنيفة ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣/٢٩٥ ، ٢٩٦ . والنسائى ، فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٧ .

الشرح الكبير نُقْصانٍ ، أو لم يُثِبْه منها ، فقال أحمدُ : لا أرَى عليه نُقْصانَ ما نَقَصَه عندَه إذا رَدَّه إلى صاحِبِه ، إلَّا أن يكونَ ثَوْبًا لَبِسَه ، أو جارِيَةً اسْتَخْدَمَها ، فأمَّا غيرُ ذلك إذا نَقَص فلا شيءَ عليه ، فكان عندِى مثلَ الرَّهْنِ ، الزِّيادَةُ والنُّقْصانُ لصاحِبِه .

الإنصاف تَقِيُّ الدِّينِ ظاهِرَ المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ ، نصَّ عليه مِن رِوايَةِ ابنِ الحَكَمِ ، وإسْماعِيلَ بنِ سعيدٍ ، وإليه ميلُ أبِى الخَطَّابِ . وصحَّح هذه الرِّوايَةَ فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، فقال : فإنْ شرَطَه مَجْهولًا ، صحَّتْ فى الأصحِّ . قال فى « الكُبْرَى » : وهو أوْلَى . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يُرْضِيه ، فإنْ لم يرْضَ ، فله الرُّجوعُ فيها ، فيرُدُّها[1] بزِيادَةٍ ونَقْصٍ . نصَّ عليه . فإنْ تَلِفَتْ ، فقِيمَتُها يومَ التَّلَفِ . وهذا البِناءُ على هذه الرِّوايَةِ هو الصَّحيحُ . صحَّحه المُصَنِّفُ وغيرُه . وقيل : يُرْضِيه بقِيمَةِ ما وهَبَه . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » . قال الحارِثِىُّ : ويحْتَمِلُ وَجْهًا بالبِناءِ ؛ وهو ما يُعَدُّ ثَوابًا لمِثْلِه عادةً .

فائدة : لو ادَّعَى شَرْطَ العِوَضِ ، فأنْكَر المُتَّهِبُ ، أو قال : وَهَبْتَنِى هذا . قال : بل بِعْتُكَه . ففى أيِّهما يُقْبَلُ قوْلُه وَجْهان . و أطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ؛ أحدُهما ، يُقْبَلُ قولُ المُتَّهِبِ . وجزَم به فى « الكافِى » ، فى المَسْأَلَةِ الأُولَى . وقدَّمه الحارِثِىُّ ، وصحَّحَه ، وقال : حكاه فى « الكافِى » ، وغيرُ واحدٍ . والوَجْهُ الثَّانى ، القَوْلُ قولُ الواهِبِ . وأطْلَقهما فى « التَّلْخيصِ » ، فى المَسْأَلَةِ الأُولَى .

(١) سقط من : ط .

المقنع

وَتَحْصُلُ الْهِبَةُ بِمَا يَتَعَارَفُهُ النَّاسُ هِبَةً ، مِنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْمُعَاطَاةِ الْمُقْتَرِنَةِ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهَا .

الشرح الكبير

٢٦٠٤ – مسألة : (وتَحْصُلُ الهِبَةُ بما يَتعارَفُه الناسُ هِبَةً ، مِن الإيجابِ والقَبُولِ والمُعاطاةِ المُقْتَرِنَةِ بما يَدُلُّ عليها) فالإيجابُ أن يقولَ : وَهَبْتُك . أو : أهْدَيْتُ إليك . أو : مَلَّكْتُك . أو : هذا لك . ونحوَه مِن الألفاظِ الدّالَّةِ على هذا المَعْنَى . والقَبُولُ أن يقولَ : قَبِلْتُ . أو : رَضِيتُ . أو نحوَ هذا . وتَصِحُّ بالمُعاطاةِ المُقْتَرِنَةِ بما يَدُلُّ عليها[1] ، وإن لم يَحْصُلْ إيجابٌ أو[2] قَبُولٌ . وذَكَر القاضى ، وأبو الخَطّاب ، أنَّ الهِبَةَ والعَطِيَّةَ لا بُدَّ فيها مِن الإيجابِ والقَبُولِ ، ولا تَصِحُّ بدُونِه ، سَواءٌ وُجِد القَبْضُ أو لم يُوجَدْ . وهو قولُ أكْثَرِ أصحابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه عَقْدُ تَمْلِيكٍ ، فافْتَقَرَ إلى الإيجابِ والقَبُولِ ، كالنِّكاحِ . والصَّحِيحُ أنَّ المُعاطاةَ والأفْعالَ الدّالَّةَ على الإيجابِ والقَبُولِ كافِيَةٌ ، ولا يُحْتاجُ إلى لَفْظٍ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ؛ فإنَّ النبيَّ ﷺ كان

الإنصاف

قوله : وتحْصُلُ الهِبَةُ بما يتعارَفُه النَّاسُ هِبَةً ؛ مِنَ الإيجابِ والقَبُولِ ، والمُعاطاةِ المُقْتَرِنَةِ بما يدُلُّ عليها . هذا المذهبُ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، والمَجْدُ فى « شَرْحِ الهِدايَةِ » ، وغيرُهما ، حتى إنَّ ابنَ عَقِيلٍ وغيرَه صحَّحُوا الهِبَةَ بالمُعاطاةِ ، ولم يذْكُروا فيها الخِلافَ الذى فى بَيْعِ المُعاطاةِ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ،

---

(١) سقط من : الأصل . وفى م : « عليهما » .

(٢) فى ر ١ : « ولا » .

الشرح الكبير

يُهْدِى ويُهْدَى إليه ، ويُعْطِى ويُعْطَى ، ويُفَرِّقُ الصَّدَقاتِ ، ويَأْمُرُ سُعاتَه بأخْذِها وتَفْرِيقِها ، وكان أصحابُه يَفْعَلُون ذلك ، ولم يُنْقَلْ عنهم فى ذلك إيجابٌ ولا قَبُولٌ ، ولا أمْرٌ به ولا تَعْليمُه لأحَدٍ ، ولو كان ذلك شَرْطًا لنُقِلَ عنهم نَقْلًا مُشْتَهَرًا ، وقد كان ابنُ عُمَرَ على بَعِيرٍ لعُمَرَ ، فقال النبىُّ ﷺ لعُمَرَ : « بِعْنِيه » . فقال : هو لك يا رسولَ اللهِ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : [٥/٢٣٦و] « هُوَ لَكَ يا عَبْدَ اللهِ بنَ عُمَرَ ، فَاصْنَعْ به ما شِئْتَ »(١) . ولم يُنْقَلْ قَبُولُ النبىِّ ﷺ مِن عُمَرَ ، ولا قَبُولُ ابنِ عُمَرَ مِن النبىِّ ﷺ ، ولو كان شَرْطًا لفَعَلَه النبىُّ

الإنصاف

وغيرِهم . قال فى « التَّلْخيصِ » : وهل يقُومُ الفِعْلُ مَقامَ اللَّفْظِ ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوايَةِ فى البَيْعِ بالمُعاطاةِ ، وأوْلَى بالصِّحَّةِ . قال فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وتَنْعَقِدُ بالمُعاطاةِ . وفى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، فى الصَّداقِ : لا تصِحُّ إلَّا بلَفْظِ الهِبَةِ ، والعَفْوِ ، والتَّمْليكِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وفى العَفْوِ وَجْهان . وقال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » : وألْفاظُها ؛ وَهبْتُ ، وأعْطَيْتُ ، ومَلَّكْتُ . والقَبُولُ ؛ قَبِلْتُ ، أو تَمَلَّكْتُ ، أوِ اتَّهَبْتُ . فإنْ لم يَكُنْ إيجابٌ ولا قَبُولٌ ، بل إعْطاءٌ وأخْذٌ ، كانتْ هَدِيَّةً ، أو صدَقَةَ تطَوُّعٍ على مِقْدارِ العُرْفِ . انتهى . وقال فى « الانْتِصارِ » ، فى غِذاءِ المَساكِينِ فى الظِّهارِ : أطْعَمْتُكه كوَهَبْتُكه . وذكَر القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وأبو الخَطَّابِ ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ ، أنَّ الهِبَةَ والعَطِيَّةَ لابُدَّ فيهما مِنَ الإيجابِ والقَبُولِ ، ولا تصِحُّ بدُونِه ، سواءٌ وُجِدَ القَبْضُ أو لم يُوْجَدْ . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه . قال فى « الفائقِ » : وهو ضَعِيفٌ . وقدَّم فى « الرِّعايتَيْن » ، أنَّه لا يصِحُّ بالمُعاطاةِ . وتقدَّم التَّنْبِيهُ على هذه المَسْأَلَةِ فى كتابِ البَيْعِ .

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١/٣١٣ .

الشرح الكبير

ﷺ وعَلِمَه ابنُ عُمَرَ ، و لم يكنْ ليأْمُرَه أن يَصْنَعَ به ما شاء قبلَ أن يَقْبَلَه . وروَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النبيَّ ﷺ كان إذا أُتِيَ بطَعامٍ سَأَلَ عنه ، فإن قالُوا : صَدَقَةٌ . قال لأصحابِه : « كُلُوا » . و لم يَأْكُلْ ، وإن قالُوا : هَدِيَّةٌ . ضَرَب بيَدِه فأَكَلَ معهم[1] . ولا خِلافَ بينَ العُلَماءِ فيما عَلِمْنا فى أنَّ تَقْدِيمَ الطَّعامِ بينَ يَدَىِ الضِّيفانِ والإِذْنَ فى أَكْلِه ، أنَّ ذلك لا يَحْتاجُ إلى إيجابٍ ولا قَبُولٍ . ولأنَّه وُجِد ما يَدُلُّ على التَّراضِى بنَقْلِ المِلْكِ ، فاكْتُفِىَ به ، كما لو وُجِد الإِيجابُ والقَبُولُ . قال ابنُ عَقِيلٍ : إنَّما يُشْتَرَطُ الإِيجابُ مع الإِطْلاقِ وعَدَمِ العُرْفِ القائِمِ مِن المُعْطِى والمُعْطَى ؛ لأنَّه إذا لم يَكُنْ عُرْفٌ يَدُلُّ على الرِّضا ، فلا بُدَّ مِن قولٍ دالٍّ عليه ، أمّا مع قَرائِنِ الأَحْوالِ والدَّلالَةِ ، فلا وَجْهَ لتَوَقُّفِه على اللَّفْظِ ، ألا تَرَى أنّا اكْتَفَيْنا بالمُعاطاةِ فى

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو تَراخَى القَبُولُ عنِ الإِيجابِ ، صحَّ ، ماداما فى المَجْلِسِ ، و لم يَتَشاغَلا بما يقْطَعُه . قالَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفائقِ » . وقال فى « الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وتنْعَقِدُ بالإِيجابِ والقَبُولِ عُرْفًا . وقال الزَّرْكَشِيُّ : لو تقدَّم القَبُولُ على الإِيجابِ ، ففى صِحَّةِ الهِبَةِ رِوايَتان . انتهى . قلتُ : هى مُشابِهَةٌ للبَيْعِ ، فيَأْتِى هنا ما فى البَيْعِ على ماتقدَّم . ثم وَجَدْتُ الحارِثِىَّ صرَّح بذلك ، و لم يحْكِ فيه خِلافًا . الثَّانيةُ ، يصِحُّ أنْ يهَبَه شيئًا ، ويَسْتَثْنِىَ نفْعَه مُدَّةً معْلومَةً . وبذلك أجابَ المُصَنِّفُ ، واقْتصرَ عليه فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والثَّلاثِين » .

---

(1) تقدم تخريجه فى ٢٩٧/٧ .

المقنع

وَتَلْزَمُ بِالْقَبْضِ . وَعَنْهُ ، تَلْزَمُ فِى غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بِمُجَرَّدِ الْهِبَةِ .

الشرح الكبير

البَيْعِ ، واكْتَفَيْنا بدَلالَةِ الحالِ فى دُخولِ الحَمّامِ ، وهو إجارَةٌ وبَيْعُ أعْيانٍ ، فإذا اكْتَفَيْنا فى المُعاوَضاتِ مع تأكُّدِها بدَلالَةِ الحالِ ، فإنَّها تَنْقُلُ المِلْكَ مِن الجانِبَيْن ، فلأن نَكْتَفِىَ به فى الهِبَةِ أوْلَى . وأمّا النِّكاحُ فإنَّه يُشْتَرَطُ فيه ما لا يُشْتَرَطُ فى غيرِه مِن الإشْهادِ ، ولا يَقَعُ إلَّا قَلِيلًا ، فلا يَشُقُّ اشْتِراطُ الإيجابِ والقَبُولِ فيه ، بخِلافِ الهِبَةِ . واللهُ سبحانه وتعالى أعْلَمُ .

٢٦٠٥ - مسألة : (وتَلْزَمُ بالقَبْضِ . وعنه ، تَلْزَمُ فى غيرِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ بمُجَرَّدِ الهِبَةِ) أمّا المَكِيلُ والمَوْزُونُ الذى لا يَتَمَيَّزُ إلَّا بالكَيْلِ والوَزْنِ ، فلا تَلْزَمُ الهِبَةُ فيه إلَّا بالقَبْضِ ، وعلى قِياسِ ذلك المَعْدُودُ والمَذْرُوعُ . وهو قولُ أكْثَرِ الفُقَهاءِ ؛ منهم النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والحَسَنُ ابنُ صالِحٍ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . وقال مالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ : تَلْزَمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ ؛ لعُمومِ قَوْلِه ، عليه السَّلامُ : « العائِدُ فى هِبَتِه كالعائِدِ فى

الإنصاف

قوله : وتَلْزَمُ بالقَبْضِ . يعْنِى ، ولا تلْزَمُ قبلَه . وهذا إحْدَى الرِّوايتَيْن ، وهو المذهبُ مُطْلَقًا . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، والقاضى . (١ قال ابنُ مُنَجَّى ، فى « شَرْحِه » : هذا أصحُّ ١) . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال

(١ - ١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

قَيْئِه »[1] . ولأنه إزالَةُ مِلْكٍ بغيرِ عِوَضٍ ، فلَزِم بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، كالوَقْفِ والعِتْقِ ، ولأنَّه تَبَرُّعٌ فلا يُعْتَبَرُ فيه القَبْضُ ، كالوَصِيَّةِ والوَقْفِ . ولَنا ، إجْماعُ الصحابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، فإنَّه مَرْوِىٌّ عن أبى بكرٍ ، وعُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، ولم نَعْرِفْ لهما [٥/٢٣٦ظ] فى الصحابةِ مُخالِفًا . وقد روَى عُرْوَةُ عن عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، نَحَلَها جِذاذَ عِشْرين وَسْقًا مِن مالِه بالغابة[2] ، فلَمَّا مَرِض قال : يا بُنَيَّةُ ،

الإنصاف

فى « الكُبْرَى » : تلْزَمُ الهِبَةُ ، وتُمْلَكُ بالقَبْضِ ، إنِ اعْتُبِرَ . وهو المذهبُ عندَ ابنِ أبِى مُوسى وغيرِه . وعنه ، تَلْزَمُ فى غيرِ [٢/٢٥٥ظ] المَكِيلِ والمَوْزونِ ، بمُجَرَّدِ الهِبَةِ . قال الشَّارِحُ : وعلى قياسِ ذلك ، المَعْدودُ والمَذْرُوعُ . قال فى « الفُروعِ » : [3]وعنه ، تَلْزَمُ فى مُتَمَيِّزٍ بالعقْدِ[3] . اخْتارَه الأكْثَرُ . قال فى

---

(١) انظر ما تقدم فى ٦/٥٤٤ من حديث عمر .

وأخرجه البخارى ، فى : باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ، وباب لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته ، من كتاب الهبات . صحيح البخارى ٣/٢٠٧ ، ٢١٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم الرجوع فى الصدقة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٠ ، ١٢٤١ . وأبو داود ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٣٠١ . والنسائى ، فى : باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده ...، وباب ذكر الاختلاف لخبر عبد الله بن عباس فيه ، وباب ذكر الاختلاف على طاوس فى الراجع فى هبته ، من كتاب الهبة . المجتبى ٦/٢٢٢ – ٢٢٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢١٧ ، ٢٨٠ ، ٢٨٩ ، ٣٣٩ ، ٣٤٢ ، ٣٤٥ ، ٣٤٩ ، ٢/٢٧ ، ٧٨ ، ٢٣٧ ، ٢/٢٥٩ ، ٢٩١ ، ٣٢٧ ، ٤٣٠ ، ٤٩٢ .

(٢) فى ر ١ ، م : « بالعالية » .

والغابة : موضع قريب من المدينة من عواليها ، وبها أموال لأهلها . النهاية فى غريب الحديث ٣/٣٩٩ .

(٣ – ٣) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

ما أحَدٌ أحَبَّ إلىَّ[1] غِنًى منك بعدِى ، ولا أحَدٌ أعزَّ علَىَّ فَقْرًا منك ، وكنتُ نَحَلْتُكِ جِداذَ عِشْرِين وَسْقًا ، ووَدِدْتُ أنَّكِ حُزْتِيه أو قَبَضْتِيه ، وهو اليومَ مالُ الوارِثِ ، أخَواكِ وأُخْتاكِ ، فاقْتَسِمُوا على كِتابِ اللهِ عَزَّ وجَلَّ . رَواه مالِكٌ فى « مُوَطَّئِه »[2] . وروَى ابنُ عُيَيْنَةَ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عبدِ الرحمنِ بنِ عبدٍ القارِىِّ ، أنَّ عُمَرَ بنَ الخَطّابِ قال : ما بالُ قَوْمٍ يَنْحَلُونَ أوْلادَهم ، فإذا ماتَ أحَدُهم قال : مالِى وفى يَدِى . فإذا مات هو قال : قد كنتُ نَحَلْتُه وَلَدِى ، ولا نِحْلَةَ إلَّا[3] نِحْلَةٌ يحوزُها الوَلَدُ دُونَ الوالِدِ فإن مات وَرِثَه[4] . قال المَرُّوذِىُّ : اتَّفَقَ أبو بكرٍ وعُمَرُ وعُثْمانُ وعلىٌّ ، على أنَّ الهِبَةَ لا تَجوزُ إلَّا مَقْبُوضَةً . ولأنَّها هِبَةٌ غيرُ مَقْبُوضَةٍ فلم تَلْزَمْ ، كما لو مات الواهِبُ قبلَ أن يَقْبِضَ ، فإنَّ مالِكًا يقولُ : لا يَلْزَمُ الوَرَثَةَ

الإنصاف

« الفائقِ » ، و « الحارِثِىِّ » : اخْتارَه القاضى وأصحابُه . قال ابنُ عَقِيلٍ : هذا المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : لا يفْتَقِرُ المُعَيَّنُ إلى القَبْضِ ، عندَ القاضى وعامَّةِ أصحابِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقهما فى « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وعنه[5] ، لا تلزَمُ إلَّا بإذْنِ الواهِبِ فى القَبْضِ .

---

(١) زيادة من ر ١ .

(٢) تقدم تخريجه ١٦/٤٨٥ .

(٣) فى م : « لا » .

(٤) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٣ .

(٥) فى ط : « وقيل » .

الشرح الكبير

التَّسْلِيمُ . والخَبَرُ مَحْمُولٌ على المَقْبُوضِ . ولا يَصِحُّ القِياسُ على الوَقْفِ والوَصِيَّةِ والعِتْقِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ إخْراجُ مِلْكٍ إلى اللهِ تعالى ، فخالَفَ التَّمْلِيكاتِ ، والوَصِيَّةُ تَلْزَمُ فى حَقِّ الوارِثِ ، والعِتْقُ إسْقاطُ حَقٍّ وليس بتَمْلِيكٍ ، ولأنَّ الوَقْفَ والعِتْقَ لا يكونُ فى مَحَلِّ النِّزاعِ ؛ لأنَّ النِّزاعَ فى المَكِيلِ والمَوْزُونَ .

فصل : وفى غيرِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، أنَّ حُكْمَه حُكْمُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فى أنَّه لا يَلْزَمُ إلَّا بالقَبْضِ . وهو قولُ أكْثَرِ

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، صِحَّةُ الهِبَةِ بمُجَرَّدِ العَقْدِ . وهو المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ وطائفَةٍ ، أنَّ ما يُكالُ ويُوزَنُ لايصِحُّ إلَّا مَقْبوضًا . قال الخِرَقِىُّ : ولا تصِحُّ الهِبَةُ والصَّدقَةُ ، فيما يُكالُ ويُوزَنُ ، إلَّا بقَبْضِه . قال فى « الانْتِصارِ » ، فى البَيْعِ بالصِّفَةِ : القَبْضُ رُكْنٌ فى غيرِ المُتَعَيِّنِ ، لاينبَرِمُ العَقْدُ بدُونِه . نقَلَه الزَّرْكَشِىُّ ، وصحَّحه الحارِثِىُّ . ويأْتِى كلامُ ابنِ عَقِيلٍ قَرِيبًا . الثَّانى ، قوْلُه فى المَكِيلِ والمَوْزونِ : لاتَلْزَمُ فيه إلَّا بالقَبْضِ . مَحْمولٌ على عُمومِه فى كلِّ ما يُكالُ ويُوزَنُ . قال الشَّارِحُ ، والمُصَنِّفُ : وخصَّه أصحابُنا المُتأَخِّرون بما ليس بمُتَعَيِّنٍ فيه ؛ كقَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ ، ورَطْلٍ مِن دَنٍّ[1] . قال : وقد ذكَرْنا ذلك فى البَيْعِ ، ورَجَّحْنا العُمومَ . قال فى « الفروعِ » : وعنه ، تَلْزَمُ فى مُتَميِّزٍ بالعَقْدِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هِبَةُ غيرِ المُتَعيِّنِ ؛ كقَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ ، ورَطْلٍ مِن زُبْرَةٍ ، تفْتَقِرُ إلى القَبْضِ ، بلا نِزاعٍ .

---

(١) فى ا : « زبرة » .

الشرح الكبير

أهلِ العلمِ . قال المَرُّوذِىُّ : اتَّفَقَ أبو بكرٍ وعُمَرُ وعُثْمانُ وعلىٌّ ، على أنَّ الهِبَةَ لا تَجُوزُ إلَّا مَقْبُوضَةً . رُوِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والعَنْبَرِىِّ ، والحَسَنِ بنِ صالِحٍ ، والشافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لِما ذَكَرْنا فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ . والثانيةُ ، أنَّها تَلْزَمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، ويَثْبُتُ المِلْكُ فى المَوْهُوبِ فيه قبلَ قَبْضِه ، فرُوِىَ عن علىٍّ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، أنَّهما قالا : الهِبَةُ جائِزَةٌ إذا كانت مَعْلُومَةً ، قُبِضَتْ أو لم تُقْبَضْ .

الإنصاف

فائدة : تُمْلَكُ الهِبَةُ بالعَقْدِ أيضًا . قالَه المُصَنِّفُ ، ومَن تابعَه . ونقَلَه فى « التَّلْخيصِ » . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وقالَه أبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » ، فى مَوْضِعٍ . [1]قال فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والأرْبَعِين » : قاله كثيرٌ مِنَ الأصحابِ ؛ منهم أبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » ، وصاحِبُ « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم[1] . وقيل : يتَوَقَّفُ المِلْكُ على القَبْضِ . [1]وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ »[1] . قال فى « الكافِى » : لايَثْبُتُ المِلْكُ للمَوهوبِ له فى المَكِيلِ والمَوْزونِ إلَّا بقَبْضِه ، وفيما عَداهما رِوايتان . وقال فى « شَرْحِ الهِدايَةِ » : مذهبُنا أنَّ المِلْكَ فى المَوْهوبِ لايَثْبُتُ بدُونِ القَبْضِ . وفرَّع عليه ، إذا دخَل وَقْتُ الغُروبِ مِن لَيْلَةِ الفِطْرِ ، والعَبْدُ مَوْهوبٌ لم يُقْبَضْ ، ثم قُبِضَ ، وقُلْنا : يُعْتَبرُ فى هِبَتِه القَبْضُ . ففِطْرَتُه على الواهِبِ . وكذا صرَّح ابنُ عَقِيلٍ أنَّ القَبْضَ رُكْنٌ مِن أرْكانِ الهِبَةِ ، كالإيجابِ فى غيرِها ، وكلامُ الخِرَقِىِّ يدُلُّ عليه أيضًا . [2]قال ذلك فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والأرْبَعِين »[2] . وقيل :

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

وهو قولُ مالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّ الهِبَةَ أحَدُ نَوْعَىِ التَّمْليكِ ، فكان منها ما لا يَلْزَمُ قبلَ القَبْضِ ، ومنها ما يَلْزَمُ قبلَه ، كالبَيْعِ ، فإنَّ منه ما لا يَلْزَمُ إلَّا بقَبْضٍ ، وهو الصَّرْفُ وبَيْعُ الرِّبَوِيّاتِ ، ومنه ما يَلْزَمُ [٥/٢٣٧و] قبلَه ، وهو ما عَدا ذلك . فأمّا حديثُ أبى بكرٍ فى هِبَتِه لعائشةَ ، فإنَّ جِذَاذَ عِشْرِين وَسْقًا يَحْتَمِلُ أنَّه أراد به عِشْرِين وَسْقًا مَجْذُوذَةً ، فيكونُ مَكِيلًا غيرَ مُعَيَّنٍ ، وهذا لا بُدَّ فيه مِن القَبْضِ ، وإن أراد نَخْلًا يُجَذُّ عِشْرِين وَسْقًا ، فهو أيضًا غيرُ مُعَيَّنٍ ، فلا تَصِحُّ الهِبَةُ فيه قبلَ تَعْيِينِه ، فيكونُ مَعْناه : وَعَدْتُكِ بالنِّحْلَةِ . وقولُ عُمَرَ أراد به النَّهْىَ عن التَّحَيُّلِ بنِحْلَةِ الوالِدِ وَلَدَه نِحْلَةً مَوْقُوفَةً على المَوْتِ ، فيُظْهِرُ : إنِّى نَحَلْتُ وَلَدِى شيئًا . ويُمْسِكُه فى يَدِه يَسْتَعْمِلُه[1] ، فإذا مات أخَذَه وَلَدُه بحُكْمِ النِّحْلَةِ التى أظْهَرَها ، وإن مات وَلَدُه أمْسَكَه ، ولم يُعْطِ [2]وَرَثَةَ ولدِه[2] شيئًا . وهذا على هذا الوَجْهِ مُحَرَّمٌ ، فنَهاهُم عن هذا حتى يَحُوزَها الوَلَدُ دُونَ والِدِه ، فإن مات وَرِثَها

الإنصاف

يقَعُ المِلْكُ مُراعًى ؛ فإنْ وُجِدَ القَبْضُ ، تبَيَّنَّا أنَّه كان للمَوْهوبِ بقَبُولِه ، وإلَّا فهو للواهِبِ . وحُكِىَ عن ابنِ حامِدٍ ، وفرَّع عليه حُكْمَ الفِطْرَةِ . قال ذلك فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والأَرْبَعين » . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، وهما رِوايَتان فى « الانْتِصارِ » ، فى نَقْلِ المِلْكِ بعَقْدٍ فاسِدٍ . قال فى « الفُروعِ » : وعليهما يُخَرَّجُ النَّماءُ . وذكَر جماعَةٌ ، إنِ اتَّصَلَ القَبْضُ ، فعلى المذهبِ ، يجوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبلَ القَبْضِ ، نصَّ عليه ، والنَّماءُ للمُتَّهِبِ . وعلى القولِ الثَّانى ، النَّماءُ للواهِبِ قبلَ القَبْضِ .

(١) فى م : « يستغله » .
(٢ - ٢) فى م : « ورثته » .

المقنع وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاهِبِ ، إِلَّا مَا كَانَ فِي يَدِ الْمُتَّهِبِ ، فَيَكْفِي مُضِيُّ زَمَنٍ [١٥٦ظ] يَتَأَتَّى فيهِ قَبْضُهُ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ حَتَّى يَأْذَنَ فِي الْقَبْضِ .

الشرح الكبير وَرَثَتُه كسائرِ مالِه . وإذا كان المَقْصُودُ هذا اخْتصَّ بهِبَةِ الوَلَدِ وشِبْهِه . على أنَّه قد رُوِىَ عن علىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، خِلافُ ذلك ، فتعارَضتْ أقوالُهم .

فصل : قَوْلُه ، فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ : إنَّ الهِبَةَ لا تلْزَمُ فيه إلَّا بالقَبْضِ . مَحْمُولٌ على عُمُومِه فى كلِّ ما يُكالُ ويُوزَنُ ، وخَصَّه أصحابُنا المُتأخِّرُون بما ليس بمُعَيَّنٍ منه ، كقَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ ، ورَطْلٍ مِن دَنٍّ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى البَيْعِ ، ورَجَّحْنا العُمُومَ .

٢٦٠٦ – مسألة : (ولا يَصِحُّ القَبْضُ إلَّا بإذْنِ الواهِبِ ، إلَّا ما كان فى يَدِ المُتَّهِبِ ، فيَكْفِى مُضِيُّ زَمَنٍ يتأَتَّى قَبْضُه فيه . وعنه ، لا يَصِحُّ حتى يَأْذَنَ فى القَبْضِ) إذا قُلْنا : إنَّ الهِبَةَ لا تَلْزَمُ إلَّا بالقَبْضِ . لم يَصِحَّ القَبْضُ إلَّا بإذْنِ الواهِبِ ؛ لأنَّه قَبْضٌ غيرُ مُسْتَحَقٍّ عليه ، ولأنَّه أمْرٌ تَلْزَمُ به الهِبَةُ ، فلم يَصِحَّ إلَّا بإذْنِ الواهِبِ ، كأصْلِ العَقْدِ[1] . فأمّا ما كان فى يَدِ المُتَّهِبِ ، كالوَدِيعَةِ والمَغْصُوبِ ، فظاهِرُ كَلامِ أحمدَ ، أنَّها تَلْزَمُ

الإنصاف قوله : ولا يصِحُّ القَبْضُ إلَّا بإذْنِ الواهِبِ . يعْنِى ، إذا قُلْنا : إنَّ الهِبَةَ لا تلْزَمُ

---

(١) بعده فى ر ٢ ، م : « لأن قبضه مستدام ، فأغنى عن الابتداء ، كما لو باعه سلعة فى يده . وهو الصحيح إن شاء الله تعالى » . ويأتى موضعها بعد قليل .

الشرح الكبير

مِن غيرِ قَبْضٍ ولا مُضِيِّ مُدَّةٍ يَتَأَتَّى فيها القَبْضُ ؛ فإنَّه قال ، فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ : إذا وَهَب امْرَأَتَه شيئًا و لم تَقْبِضْه ، فليس بينَه وبينَها خِيارٌ ، هى معه فى البَيْتِ . فظاهِرُ هذا أنَّه لم يَعْتَبِرْ قَبْضًا ولا مُضِيَّ مُدَّةٍ يَتَأَتَّى فيها ؛ لكَوْنِها معه فى البَيْتِ ، فيَدُها على ما فيه ؛ لأنَّ قَبْضَه مُسْتَدامٌ ، فأغْنَى عن الابْتِداءِ ، كما لو باعَه سِلْعَةً فى يَدِه . وهو الصَّحِيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى . قال القاضى : لابُدَّ مِن مُضِىٍّ مُدَّةٍ يَتَأَتَّى القَبْضُ فيها . وهل يَفْتَقِرُ ، إلى إذْنٍ فى القَبْضِ ؟ فيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يَفْتَقِرُ ، كغيرِ المَقْبُوضِ . والثانيةُ ، لا يَفْتَقِرُ ؛ لأنَّه [٢٣٧/٥ظ] مَقْبُوضٌ ، فلا مَعْنَى لتَجْدِيدِ الإِذْنِ فيه . وقد ذَكَرْنا ذلك فى الرَّهْنِ . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى الاخْتِلافِ فى اعْتِبارِ الإِذْنِ واعْتِبارِ مُضِىٍّ مُدَّةٍ يَتَأَتَّى القَبْضُ فيها كمَذْهَبِنا .

الإنصاف

إلَّا بالقَبْضِ . وهذا المذهبُ بشَرْطِه الآتِى ، وعليه الأصحابُ ، وقطَعُوا به . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : وفى صِحَّةِ قَبْضِه بدُونِ إذْنِه رِوايَتان ، والإِذْنُ لا يتَوَقَّفُ على اللَّفْظِ ، بلِ المُناوَلَةُ والتَّخْلِيَةُ إذْنٌ . وظاهِرُ كلامِ القاضى اعْتِبارُ اللَّفْظِ فيه . قالَه الحارِثِىُّ . (١)وعنه ، يصِحُّ القَبْضُ بغيرِ إذْنِه . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »(١) .

قوله : إلَّا ما كان فى يَدِ المُتَّهِبِ ، فيَكْفِى مُضِىُّ زَمَنٍ يتَأَتَّى قَبْضُه فيه . هذا إحْدَى الرِّواياتِ . اخْتارَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، والسَّامَرِّىُّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « التَّلْخيصِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ .

(١ - ١) زيادة من : ١ .

الشرح الكبير

فصل : والواهِبُ بالخِيارِ قبلَ القَبْضِ ، إن شاء أَقْبَضَها ، وإن شاء رَجَع فيها . فإن قَبَضَها المُتَّهِبُ بغيرِ إذْنِ الواهِبِ ، لم يَصِحَّ القَبْضُ ، ولم تَتِمَّ الهِبَةُ . وحُكِيَ عن أبى حنيفةَ ، أنَّه إذا قَبَضَها فى المَجْلِسِ صَحَّ وإن لم يأْذَنْ له ؛ لأنَّ الهِبَةَ قامت مَقامَ الإِذْنِ فى القَبْضِ ، لكَوْنِها دالَّةً على رِضاه بالتَّمْليكِ الذى لا يَتِمُّ إلَّا بالقَبْضِ . ولَنا ، أنَّه قَبَض الهِبَةَ بغيرِ إذْنِ الواهِبِ ، فلم يَصِحَّ ، كما بعدَ المَجْلِسِ ، وكما لو نَهاه ؛ ولأنَّ التَّسْلِيمَ غيرُ مُسْتَحَقٍّ على الواهِبِ ، فلم يَصِحَّ التَّسْلِيمُ إلَّا بإذْنِه ، كما لو أخَذَ المُشْتَرِى المَبِيعَ مِن البائِعِ قبلَ قَبْضِ ثَمَنِه . ولا يَصِحُّ جَعْلُ الهِبَةِ إذْنًا فى القَبْضِ كما بعدَ المَجْلِسِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إذا قَبَضَها بحَضْرَةِ الواهِبِ فسَكَتَ[1] ، أن يَقُومَ

الإنصاف

وعنه ، ما كان فى يَدِ المُتَّهِبِ يَلْزَمُ بالعَقْدِ . وهو المذهبُ . قال الشَّارِحُ : هذا الصَّحيحُ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . قال فى « الرِّعايتَيْن » : وهو أَوْلَى . وكذا قال الحارِثِىُّ . وعنه ، لا يَصِحُّ القَبْضُ حتى يأْذَنَ فيه أيضًا ، ويَمْضِىَ زَمَنٌ يَتأتَّى قَبْضُه فيه . جزَم به فى « الخُلاصَةِ » . واخْتارَه القاضى أيضًا . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ومَن اتَّهَبَ شيئًا فى يَدِه ، يُعْتَبَرُ قَبْضُه ، فقَبِلَه ، اعْتُبِرَ إذْنُ الواهِبِ فيه على الأشْهَرِ ، ثم مُضِىُّ زَمنٍ يُمْكِنُ قَبْضُه فيه ليَمْلِكَه . وقيل : يُعْتَبَرُ مُضِىُّ الزَّمَنِ دُونَ إذْنِه . وأطْلَقَ الأُولَى والثَّالِثَةَ فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وأطْلَقَ الثَّانِيَةَ والثَّالِثَةَ فى « الكافِى » .

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ مَاتَ الْوَاهِبُ ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِى الْإِذْنِ وَالرُّجُوعِ .

الشرح الكبير

ذلك مَقامَ الإِذْنِ ، كما جَعَلْنا أخْذَ المُتَّهِبِ لها بإِذْنِ الواهِبِ دَلِيلًا على القَبُولِ . فإن أذِنَ الواهِبُ فى القَبْضِ ثم رَجَع عن الإِذْنِ أو رَجَع فى الهِبَةِ ، صَحَّ رُجُوعُه ؛ لأنَّ ذلك ليس بقَبْضٍ ، وإن رَجَع بعدَ القَبْضِ ، لم يَصِحَّ رُجُوعُه ؛ لأنَّ الهِبَةَ تَمَّتْ .

٢٦٠٧ – مسألة : (فإنْ مات الواهِبُ ، قام وارِثُه مَقامَه فى الإِذْنِ والرُّجُوعِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا مات الواهِبُ أو المُتَّهِبُ قبلَ القَبْضِ ، بَطَلَتِ الهِبَةُ ، سَواءٌ كان قبلَ الإِذْنِ فى القَبْضِ أو بعدَه . ذكَره القاضى

الإنصاف

تنبيه : الاسْتِثْناءُ الثَّانى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، مِن قوْلِه : وتَلْزَمُ بالقَبْضِ . لا مِن قوْلِه : ولا يصِحُّ القَبْضُ إلَّا بإِذْنِ الواهِبِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، صِفَةُ القَبْضِ هنا ، كقَبْضِ المَبيعِ . وعلى القَوْلِ بأنَّه لابُدَّ مِن مُضِىٍّ مُدَّةٍ يتأتَّى قَبْضُه فيها ؛ فإنْ كان مَنْقولًا ، فبمُضِىٍّ مدَّةٍ نَقْلِه فيها . وإنْ كان مَكِيلًا أو مَوْزونًا ، فبمُضِىٍّ مدَّةٍ يُمْكِنُ اكْتِيالُه واتِّزانُه فيها . وإنْ كان غيرَ منْقُولٍ ، فبمُضِىٍّ مُدَّةِ التَّخْلِيَةِ . وإنْ كان غائبًا ، لم يَصِرْ مقْبوضًا حتى يُوافِيَه ، هو أو وَكِيلُه ، ثم تَمْضِىَ مُدَّةٌ يُمْكِنُ قبْضُه فيها . وقد تقدَّم نَظيرُ ذلك فى الرَّهْنِ . الثَّانيةُ ، له أنْ يرْجِعَ فى الإِذْنِ قبلَ القَبْضِ ، وله أنْ يرْجِعَ فى نَفْسِ الهِبَةِ قبلَ القَبْضِ [٢/٢٥٦و] . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ فيهما . وقيل : لا يصِحُّ الرُّجوعُ فيهما .

قوله : وإنْ ماتَ الواهِبُ ، قامَ وارِثُه مَقامَه فى الإِذْنِ والرُّجوعِ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » وغيرُه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ،

الشرح الكبير

فى مَوْتِ الواهِبِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ جائِزٌ ، فبَطَلَ بمَوْتِ أحَدِ المُتعاقِدَيْن ، كالوَكالةِ . قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ ، وأبى الحارِثِ ، فى رجلٍ أهْدَى هَدِيَّةً ، فلم تَصِلْ إلى المُهْدَى إليه حتى مات : فإنَّها تَعُودُ إلى صاحِبِها ما لم يَقْبِضْها . ورَوَى بإسْنادِه[1] عن أُمِّ كُلْثومٍ بِنْتِ أبى سَلَمَةَ[2] ،

الإنصاف

و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : يبْطُلُ عقْدُ الهِبَةِ . جزَم به فى « الفُصولِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى »[3] ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » . قال فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ والأرْبَعِين بعدَ المِائَةِ » : وهو المَنْصوصُ فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، واخْتِيارُ ابنِ أبِى مُوسى ، وقالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى الهِبَةِ ، فى الصِّحَّةِ ، وأمَّا فى المَرَضِ ، إذا ماتَ قبلَ إقْباضِها ، فجعَلَا الورَثَةَ بالخِيارِ ؛ لشَبَهِها بالوَصِيَّةِ . انتهى .

فائدة : لو وهَب الغائبُ هِبَةً ، وأنْفَذها مع رَسولِ المَوْهوبِ له ، أو وَكِيلِه ، ثم ماتَ الواهِبُ أو المَوْهوبُ له قبلَ وُصولِها ، لَزِمَ حُكْمُها ، وكانتْ للمَوْهوبِ له ؛ لأنَّ قبْضَ الرَّسُولِ والوَكِيلِ كقَبْضِه . وإنْ أنْفَذها الواهِبُ مع رَسُولِ نفْسِه ، ثم ماتَ قبلَ وُصولِها إلى المَوْهوبِ له ، أو ماتَ المَوْهوبُ له ، بطَلَتْ ، وكانتْ للواهِبِ ولوَرَثَتِه ؛ لعدَمِ القَبْضِ . وكذلك الحُكْمُ فى الهَدِيَّةِ . نصَّ على ذلك .

تنبيه : أفادَنا المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ تعالَى ، بقَوْلِه : قامَ وارِثُه مَقامَه . أنَّ إذْنَ الواهِبِ يبْطُلُ بمَوْتِه . وهو صحيحٌ ، وكذلك يبْطُلُ إذْنُه بمَوْتِ المُتَّهِبِ .

(١) فى : المسند ٦/٤٠٤ .

(٢) فى م : « سلمى » .

(٣) سقط من : ط .

الشرح الكبير

قالت : لَمّا تزَوَّجَ رسولُ اللهِ ﷺ أُمَّ سَلَمَةَ ، قال لها : « إنِّى قد أهْدَيْتُ إلَى النَّجَاشِىِّ حُلَّةً وَأوَاقِىَّ مِسْكٍ ، وَلَا أرَى النَّجَاشِىَّ إلَّا قَدْ مَاتَ ، وَلَا أرَى هَدِيَّتِى إلَّا مَرْدُودَةً عَلَىَّ ، فَإنْ رُدَّتْ فَهِىَ لَكِ » . فكان كما قال رسولُ اللهِ ﷺ ، ورُدَّتْ عليه هَدِيَّتُه ، فأعْطَى كلَّ امرأةٍ مِن نِسائِه أُوقِيَّةً مِن مِسْكٍ ، وأعْطَى أُمَّ سَلَمَةَ بَقِيَّةَ المِسْكِ والحُلَّةَ . وإن مات المُهْدِى قبلَ

الإنصاف

فوائد ؛ الأُولَى ، لو ماتَ المُتَّهِبُ قبلَ قَبُولِه ، بطَل العَقْدُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يَبْطُلُ . الثَّانيةُ ، يقْبِضُ الأبُ للطِّفْلِ مِن نَفْسِه ، بلا نِزاعٍ ، ولا يحْتاجُ إلى قَبُولٍ مِن نَفْسِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ويُكْتَفَى بقَوْلِه : وَهَبْتُه ، وقَبَضْتُه له . وقال القاضى : لابُدَّ فى هِبَةِ الوَلَدِ أنْ يقولَ : قَبِلْتُه . وهو مَبْنِىٌّ على اشْتِراطِ القَبُولِ ، على ما تقدَّم قَريبًا ، والمذهبُ خِلافُه . وقال بعضُ الأصحابِ : يُكْتَفَى بأحَدِ لَفْظَيْن ؛ إمَّا أنْ يقولَ : قد قَبِلْتُه . أو : قَبَضْتُه . وإنْ وهَب وَلِىٌّ غيرُ الأبِ ، فقال أكثرُ الأصحابِ : لابُدَّ أنْ يُوَكِّلَ الواهِبُ مَن يقْبَلُ للصَّبِىِّ ، ويقْبِضُ له ؛ ليكونَ الإيجابُ مِنَ الوَلِىِّ ، والقَبُولُ والقَبْضُ مِن غيرِه ، كما فى البَيْعِ ، بخِلافِ الأبِ ؛ فإنَّه يجوزُ أنْ يُوجِبَ ويقْبَلَ ويقْبِضَ . قال المُصَنِّفُ : والصَّحيحُ عندى ، أنَّ الأبَ وغيرَه فى هذا سَواءٌ . قال فى « الفُروعِ » : وفى قَبْضِ وَلِىٍّ غيرِ الأبِ مِن نَفْسِه ، رِوايَتا شِرائِه وبَيْعِه له مِن نَفْسِه . الثَّالثةُ ، لا يصِحُّ قَبْضُ الطِّفْلِ والمَجْنونِ لنَفْسِه ولا قَبُولُه ، ووَلِيُّه يقومُ مَقامَه فيهما . فإنْ لم يَكُنْ له أبٌ ، فوَصِيُّه ، فإنْ لم يَكُنْ ، فالحاكِمُ الأمِينُ ، أو مَن يُقِيمُوه مَقامَهم . ولا يقومُ غيرُ هؤلاءِ الثَّلاثَةِ مَقامَهم . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[1] : ويَحْتَمِلُ أنْ يصِحَّ القَبُولُ والقَبْضُ مِن غيرِهم

---

(١) المغنى ٨/٢٥٣ .

الشرح الكبير

أن تَصِلَ إلى المُهْدَى إليه ، رَجَعَتْ [٥/٢٣٨و] إلى وَرَثَةِ المُهْدِى ، وليس للرسولِ حَمْلُها إلى المُهْدَى إليه ، إلَّا أن يَأْذَنَ الوارِثُ . والهِبَةُ كالهَدِيَّةِ . وقال أبو الخَطّابِ : قام وارِثُه مَقامَه فى الإذْنِ فى القَبْضِ والفَسْخِ . وهذا يَدُلُّ على أنَّ الهِبَةَ لم تَنْفَسِخْ بمَوْتِه . وهو قولُ أكثَرِ أصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ مآلُه إلى اللُّزومِ ، فلم يَنْفَسِخْ بالمَوْتِ ، كالبَيْعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ . وكذلك يُخَرَّجُ فيما إذا مات المَوْهُوبُ له بعدَ القَبُولِ . وإن مات أحَدُهما قبلَ القَبُولِ أو ما يَقُومُ مَقامَه ، بَطَلَتْ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يَتِمَّ ،

الإنصاف

عندَ عدَمِهم . الرَّابعَةُ ، لا يصِحُّ مِنَ المُمَيِّزِ قَبْضُ الهِبَةِ ولا قَبُولُها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . وقال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » ، تبَعًا للحارِثِىِّ : هذا أشْهَرُ الرِّوايتَيْن ، وعليه مُعْظَمُ الأصحابِ . وعنه ، يصِحُّ قَبْضُه وقَبُولُه . اخْتارَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والحارِثِىُّ . وقال فى « المُغْنِى »[1] : ويَحْتَمِلُ أنْ تقِفَ صِحَّةُ قَبْضِه على إذْنِ وَلِيِّه دُونَ القَبُولِ . وفرَّق بينَهما . وتقدَّم فى الحَجْرِ ، هل تصِحُّ هِبَتُه ؟ والسَّفِيهُ كالمُمَيِّزِ (٢فى ذلك٢) ، وأوْلَى بالصِّحَّةِ . والوَصِيَّةُ كالهِبَةِ فى ذلك . الخامسةُ ، قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : يُعْتَبَرُ لقَبْضِ المُشاعِ إذْنُ الشَّرِيكِ فيه ، فيكونُ نِصْفُه مَقبوضًا تَملُّكًا ، ونِصْفُ الشَّرِيكِ أمانَةً بيَدِه . انتهى . وجزَم به فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . قال فى « القاعِدَةِ الثَّالثةِ والأرْبَعِين » : فى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » ، يكونُ نِصْفُ الشَّرِيكِ وَدِيعَةً عندَه . وقال ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُنونِ » : يكونُ قَبْضُ نِصْفِ الشَّرِيكِ

---

(١) المغنى ٨/٢٥٣ .

(٢ – ٢) زيادة من : ا .

المقنع

وَإِنْ أَبْرَأَ الْغَرِيمُ غَرِيمَهُ مِنْ دَيْنِهِ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَحَلَّهُ مِنْهُ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ ، وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ وَلَمْ يَقْبَلْهُ .

الشرح الكبير

فهو كما لو مات المُشْتَرِى بعدَ الإِيجابِ وقبلَ القَبُولِ . فإن قُلْنا : إنَّ الهِبَةَ لا تَبْطُلُ . فمات أحَدُهما بعدَ الإِذْنِ فى القَبْضِ ، بَطَل الإِذْنُ ؛ لأنَّ المَيِّتَ إن كان هو الواهِبَ ، فقد انْتَقَلَ حَقُّه فى الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ إلى وارِثِه ، وإن كان المُتَّهِبَ ، فلم يُوجَدِ الإِذْنُ لوارِثِه ، فلم يَمْلِكِ القَبْضَ بغيرِ إذْنٍ . واللهُ أعلمُ .

٢٦٠٨ – مسألة : (وإن أبْرَأَ الغَرِيمُ غَرِيمَه مِن دَيْنِه ، أو وَهَبَه له ، أو أحَلَّه منه ، بَرِئَ وإن رَدَّ ذلك و لم يَقْبَلْه) لأنه إسْقاطٌ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى القَبُولِ ، كإسْقاطِ القِصاصِ والشُّفْعَةِ وحَدِّ القَذْفِ ، وكالعِتْقِ

الإنصاف

عارِيَّةً مَضْمونةً . انتهى . قلتُ : لو قِيلَ : إنْ جازَ له أنْ يتَصرَّفَ ، وتصَرَّفَ ، كان عارِيَّةً ، وإنْ لم يتَصرَّفْ ، فوَدِيعةٌ . لكان مُتَّجِهًا . ثم وجَدْتُه فى « القاعِدَةِ الثَّالثةِ والأرْبَعِين » حكَى كلامَه فى « الفُنونِ » فقال : قال ابنُ عَقِيلٍ فى « فُنونِه » : هو عارِيَّةٌ ؛ حيثُ قبَضَه ؛ لِيَنْتَفِعَ به بلا عِوَضٍ . قال صاحبُ « القَواعِدِ » : وهو صحيحٌ ، إنْ كان أذِنَ له فى الانْتِفاعِ مجَّانًا ، أمَّا إنْ طلَب منه أُجْرَةً ، فهى إجارَةٌ ، وإنْ لم يأْذَنْ له فى الانْتِفاعِ ، بل فى الحِفْظِ ، فوَدِيعَةٌ . انتهى . وفيه نَظَرٌ .

فائدة : لو قال أحدُ الشَّريكَيْن للعَبْدِ المُشْتَرَكِ : أنت حَبِيسٌ على آخِرِنا مَوْتًا . لم يعْتِقْ بمَوْتِ الأوَّلِ منهما ، ويكونُ فى يَدِ الثَّانى عارِيَّةً ، فإذا ماتَ عتَق . ذكَرَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » . وذكَرَه فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والأرْبَعِين » .

قوله : وإنْ أبْرَأَ الغَرِيمُ غَرِيمَه مِن دَيْنِه ، أو وهَبَه له ، أو أحَلَّه منه ، بَرِئَتْ ذِمَّتُه –

الشرح الكبير

والطَّلاقِ . وكذلك إن قال : تَصَدَّقْتُ به عليك . فإنَّ القرْآنَ وَرَد فى الإبْراءِ بلَفْظِ الصَّدَقَةِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْ ﴾[1] . وإن قال : عَفَوْتُ لك عنه . صَحَّ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾[2] . يُرِيدُ به الإبْراءَ

الإنصاف

وكَذا إنْ أسْقطَه عنه ، أو تركَه له ، أو ملَّكَه له ، أو تصَدَّقَ به عليه ، أو عَفا عنه ، بَرِئَتْ ذِمَّتُه – وإنْ رَدَّ ذلك ولم يَقْبَلْه . اعْلَمْ أنَّه إذا أبْرأَه[3] مِن دَيْنِه ، أو وهَبَه له ، أو أحَلَّه منه ، ونحوَ ذلك ، وكان المُبْرِئُ والمُبْرَأُ يعْلَمان الدَّيْنَ ، صحَّ ذلك ، وبَرِئَ ، وإنْ ردَّه ولم يقْبَلْه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وقطَع به [٢/٢٥٦ظ] كثيرٌ منهم . وقيل : يُشْترَطُ القَبُولُ . قال فى « الفُروعِ » : وفى « المُغْنِى » : فى إبْرائِها له مِنَ المَهْرِ ، هل هو إسْقاطٌ ، أو تَمْليكٌ ؟ فيتَوَجَّهُ منه احْتِمالٌ لا يصِحُّ به ، وإنْ صحَّ اعْتُبِرَ قَبُولُه . وفى « المُوجزِ » ، و « الإيضاحِ » : لا تصِحُّ هِبَةٌ فى عَيْنٍ . وقال فى « المُغْنِى »[4] : إنْ حلَف لا يهَبُه ، فأبْرَأَه ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنَّ الهِبَةَ تَمْليكُ عَيْنٍ . قال الحارِثِىُّ : تصِحُّ بلَفْظِ الهِبَةِ والعَطِيَّةِ مع اقْتِضائِهما وُجودَ مُعَيَّنٍ ، وهو مُنْتَفٍ ؛ لإفادَتِهما لمَعْنَى الإسْقاطِ هنا . قال : ولهذا لو وهَبَه دَيْنَه هِبَةً حقِيقَةً ، لم يصِحَّ ؛ لانْتِفاءِ مَعْنَى الإسْقاطِ ، وانْتِفاءِ شَرْطِ الهِبَةِ . ومِن هنا ، امْتَنع هِبَتُه لغيرِ مَن هو عليه ، وامْتَنع إجْزاؤُه عنِ

(١) سورة النساء ٩٢ .

(٢) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٣) فى الأصل : « بدله » .

(٤) المغنى ٤٩٤/١٣ .

الشرح الكبير

مِن الصَّداقِ . فإن قال : أسْقَطْتُه عنك . صَحَّ ؛ لأنَّه أتَى بحَقِيقَةِ اللَّفْظِ . وكذلك إن قال : مَلَّكْتُكَ . لأنه بمَنْزِلَةِ هِبَتِه إيّاه . فإن وَهَب الدَّيْنَ لغيرِ مَن هو فى ذِمَّتِه ، لم يَصِحَّ ، قِياسًا على البَيْعِ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا غَرَرَ فيها على المُتَّهِبِ ولا الواهِبِ ، فصَحَّ ، كهِبَةِ الأعْيانِ .

الإنصاف

الزَّكاةِ ؛ لانْتِفاءِ حقِيقَةِ المِلْكِ . انتهى . وقال فى « الانْتِصارِ » : إنْ أبْرَأَ مريضٌ مِن دَيْنِه ، وهو كلُّ مالِه ، ففى بَراءَتِه مِن ثُلُثِه قبلَ دَفْعِ ثُلُثَيْه ، مَنْعٌ وتَسْليمٌ . انتهى .

وأمَّا إنْ عَلِمَه المُبْرَأُ ، بفَتْحِ الرَّاءِ ، أو جَهِلَه ، وكان المُبْرِئُ ، بكَسْرِها ، يَجْهَلُه ، صحَّ ، سواءٌ جَهِلَ قدْرَه ، أو وَصْفَه ، أو هما . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحَه النَّاظِمُ . قال فى « القَواعِدِ » : هذا أشْهَرُ الرِّواياتِ . وعنه ، يصِحُّ مع جَهْلِ المُبْرَأ ، بفَتْحِ الرَّاءِ ، دُونَ عِلْمِه . وأطْلَقَ ، فيما إذا عرَفَه المدْيونُ ، فيه الرِّوايتَيْن ، فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وعنه ، لا يصِحُّ ولو جهِلاه ، إلَّا إذا تعذَّرَ عِلْمُه . وقال فى « المُحَرَّرِ » : ويتَخرَّجُ أنْ يصِحَّ بكُلِّ حالٍ ، إلَّا إذا عرَفَه المُبْرَأُ ، وظَنَّ المُبْرِئُ جَهْلَه به ، فلا يصِحُّ . انتهى . وعنه ، لاتصِحُّ البَراءَةُ مِنَ المَجْهولِ ، كالبَراءَةِ مِنَ العَيْبِ . ذكَرَها أبو الخَطَّابِ ، وأبو الوَفاءِ ، كما لو كتَمَه المُبْرَأُ ؛ خَوفًا مِن أنَّه لو عَلِمَه المُبْرِئُ ، لم يُبْرِئْه . قالَه فى « الفُروعِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : فأمَّا إنْ كان مَن عليه الحَقُّ يعْلَمُه ويكْتُمُه المُسْتَحِقَّ ؛ خَوْفًا مِن أنه إذا عَلِمَه ، لم يسْمَحْ بإبْرائِه منه ، فيَنْبَغِى أنْ لا تصِحَّ البَراءَةُ فيه ؛ لأنَّ فيه تغْرِيرًا بالمُبْرِئَ ، وقد أمْكَنَ التَّحَرُّزُ منه . انتهيا . وتابَعَهما الحارِثِىُّ ، وقال : وظاهِرُ كلامِ أبِى الخَطَّابِ ، الصِّحَّةُ مُطْلَقًا . قال : وهذا أقْرَبُ .

الشرح الكبير

فصل : وتَصِحُّ البَراءَةُ مِن المَجْهُولِ ، إذا لم يكنْ لهما سَبِيلٌ إلى مَعْرِفَتِه . وقال أبو حنيفة : تَصِحُّ مُطْلَقًا . وقال الشافعيُّ : لا تَصِحُّ ، إلَّا أنَّه إذا أراد ذلك ، قال : أبْرَأْتُكَ مِن دِرْهَمٍ إلى ألْفٍ . لأنَّ الجَهالَةَ إنَّما مُنِعَتْ لأجْلِ الغَرَرِ ، فإذا رَضِىَ بالجُمْلَةِ فقد زال الغَرَرُ وصَحَّتِ البَراءَةُ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال لرَجُلَيْن اخْتَصَما إليه فى مَوارِيثَ دَرَسَتْ : « اقْتَسِما ، وتَوَخَّيا الحَقَّ[1] ، ثُمَّ اسْتَهِمَا ، ثم تَحالَّا » . رَواه أبو داودَ[2] . ولأنَّه إسْقاطٌ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالطَّلاقِ والعِتاقِ ، وكما لو قال : من دِرْهَمٍ إلى ألْفٍ . ولأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إلى تَبْرِئَةِ [٥/٢٣٨ظ] الذِّمَّةِ ، ولا سَبِيلَ إلى العِلْمِ بما فيها ، فلو وَقَفَتْ صِحَّةُ البَراءَةِ على العِلْمِ ، لكان سَدًّا لبابِ عَفْوِ الإنْسانِ عن أخِيه المُسْلِمِ وتَبْرِئَةِ ذِمَّتِه ، فلم يَجُزْ

الإنصاف

فوائد ؛ الأُولَى ، مِن صُوَرِ البَراءَةِ مِنَ المَجْهولِ ، لو أبْرَأه مِن أحَدِهما ، أو أبْرَأه أحدُهما . قاله الحَلْوانِىُّ ، والحارِثِىُّ ، وقالا : يصِحُّ ، ويُؤْخَذُ بالبَيانِ ؛ كطَلاقِه إحْداهما[3] ، وعِتْقِه أحَدَهما . قال فى « الفُروعِ » : يعْنِى ، ثم يُقْرَعُ ، على المذهبِ . الثَّانيةُ ، قال المُصَنِّفُ وغيرُه : قال أصحابُنا : لو أبْرَأه مِن مِائَةٍ ، وهو يعْتَقِدُ أنْ لاشَىءَ عليه ، فكانَ له عليه مِائَةٌ ، ففى صِحَّةِ البَراءَةِ وَجْهان . صحَّح النَّاظِمُ أنَّ البَراءَةَ لا تصِحُّ . قال الحارِثِىُّ : وهذا أظْهَرُ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . أصْلُهما ؛ لو باعَ مالًا لمَوْرُوثِه ، يعتَقِدُ أنَّه حىٌّ ، وكان قد ماتَ وانْتقَلَ مِلْكُه إليه ،

(١) سقط من : م .
(٢) تقدم تخريجه فى ١١/٢٥٧ .
(٣) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

ذلك ، كالمَنْعِ مِن العِتْقِ . فأمّا إن كان مَن عليه الحَقُّ يَعْلَمُه ويَكْتُمُه المُسْتَحِقَّ ؛ خَوْفًا مِن أنَّه إذا عَلِمَه لم يَسْمَحْ بإبْرائِه منه ، فيَنْبَغِى أن لا تَصِحَّ البَراءَةُ فيه ؛ (١لأنَّ فيه١) تَغْرِيرًا بالمُبْرِئ ، وقد أمْكَنَ التَّحَرُّزُ منه . وقال أصحابُنا : لو أبْرَأه مِن مائةٍ ، وهو يَعْتَقِدُ أنَّه لا شئَ عليه ، وكان له عليه مائةٌ ، ففى صِحَّةِ البَراءَةِ وَجْهان ؛ أحَدُهما ، صِحَّتُها ؛ لأنَّها صادَفَتْ مِلْكَه ، فأسْقَطَتْه ، كما لو عَلِمَها . والثانى ، لا تَصِحُّ ؛ لأنَّه أبْرَأه ممّا لا يَعْتَقِدُ أنَّه عليه ، فلم يَكُنْ ذلك إبْراءً فى الحَقِيقةِ . وأصْلُ الوَجْهَيْن ما لو باع مالًا كان لمَوْرُوثِه ، يَعْتَقِدُ أنَّه باقٍ لمَوْرُوثِه ، وكان مَوْرُوثُه قد مات وانْتَقلَ مِلْكُه إليه ، فهل يَصِحُّ ؟ فيه وَجْهان . وللشافعىِّ قَوْلان فى البَيْعِ ، وفى صِحَّةِ الإِبْراءِ وَجْهان .

الإنصاف

فهل يصِحُّ البَيْعُ ؟ فيه وَجْهان . وتقدَّم الصَّحيحُ منهما فى كتابِ البَيْعِ ، بعدَ تصَرُّفِ الفُضُولِىِّ ، فكذا هنا . وقال القاضى : أصْلُ الوَجْهَيْن ؛ مَن باشَرَ امْرأةً بالطَّلاقِ ، يظُنُّها أجْنَبِيَّةً ، فبانَتِ امْرأتَه ، أو واجَه بالعِتقِ مَن يعْتَقِدُها حُرَّةً ، فبانَتْ أمَتَه . ويأْتِى ذلك فى آخرِ بابِ الشَّكِّ فى الطَّلاقِ . الثَّالثةُ ، لا تصِحُّ هِبَةُ الدَّيْنِ لغيرِ مَن هو فى ذِمَّتِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . ويَحْتَمِلُ الصِّحَّة كالأعْيانِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ومَن بعدَه . قال فى « الفائقِ » : والمُخْتارُ الصِّحَّةُ . قال الحارِثِىُّ : وهو أصحُّ . وهو المَنْصوصُ فى رِوايَةِ حَرْبٍ ، فذكَرَه إنِ اتَّصَلَ القَبْضُ به . وتقدَّم حُكْمُ هِبَةِ دَيْنِ السَّلَمِ فى بابِه مُحَرَّرًا ، فليُعاوَدْ . الرَّابعَةُ ، لاتصِحُّ البَراءَةُ بشَرْطٍ . نصَّ عليه ، فى مَن قال : إنْ مِتَّ ، فأنت فى حِلٍّ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان المَوْهُوبُ له طِفْلًا أو مَجْنُونًا ، لم يَصِحَّ قَبْضُه ولا قَبُولُه ؛ لأنَّه مِن غيرِ أهْلِ التَّصَرُّفِ ، ويَقْبِضُ له أبوه إن كان أمِينًا ؛ لأنه أشْفَقُ عليه وأقْرَبُ إليه . فإن لم يكنْ له أبٌ ، قَبَض له وَصِيُّ أبيه ؛ لأنَّ الأبَ أقامَه مُقامَ نَفْسِه ، فجَرَى مَجْرَى وَكِيلِه . وإن كان الأبُ غيرَ مَأْمُونٍ ، أو كان مَجْنُونًا ، أو[1] لا وَصِيَّ له ، قَبِل له الحاكِمُ . ولا يَلِي مالَه غيرُ هؤلاءِ الثلاثةِ ، وأمِينُ الحاكِمِ يَقُومُ مَقامَه ، وكذلك وَكِيلُ الأبِ الأمِينِ ووَصِيُّه ، يَقُومُ كلُّ واحِدٍ منهما مَقامَ الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ في القَبُولِ والقَبْضِ إنِ احْتِيجَ إليه ؛ لأنَّه قَبُولٌ لِما للصَّبِيِّ أو المَجْنُونِ فيه حَظٌّ ، فكان إلى الوَلِيِّ ، كالبَيْعِ والشِّراءِ . ولا يَصِحُّ القَبْضُ مِن غيرِ هؤلاءِ ، قال أحمدُ ، في رِوايَةِ صالِحٍ ، في صَبِيٍّ وُهِبَتْ له هِبَةٌ ، أو تُصُدِّقَ عليه بصَدَقَةٍ ، فقَبَضَتِ الأُمُّ ذلك وأبوه حاضِرٌ ، فقال : لا أعْرِفُ للأُمِّ قَبْضًا ، ولا يكونُ إلَّا للأبِ . وقال عُثْمانُ ، رَضِيَ اللهُ عنه : أحَقُّ مَن يَحُوزُ للصَّبِيِّ أبوه .

الإنصاف

فإنْ ضَمَّ التَّاءَ ، فقال : إنْ مِتُّ فأنت في حِلٍّ . فهو وَصِيَّةٌ . وجعَل الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ تعالَى ، رَجُلًا في حِلٍّ مِن غِيبَتِه بشَرْطِ أنْ لا يعودَ ، وقال : ما أحْسَنَ الشَّرْطَ . فقال في « الفُروعِ » : فيتَوَجَّهُ فيهما رِوايَتان . وأخَذَ صاحِبُ « النَّوادِرِ » مِن شَرْطِه أنْ لا يعودَ ، رِوايَةً في صِحَّةِ الإبْراءِ بشَرْطٍ . وذكَر الحَلْوانِيُّ صِحَّةَ الإبْراءِ بشَرْطٍ ، واحْتَجَّ بنَصِّه المذكُورِ هنا أنَّه وَصِيَّةٌ ، وأنَّ ابنَ شِهابٍ ، والقاضيَ قالا : لا يصِحُّ على غيرِ مَوْتِ المُبْرِئِ ، وأنَّ الأوَّلَ أصحُّ ؛ لأنَّه إسْقاطٌ . وقدَّم الحارِثِيُّ ما قالَه الحَلْوانِيُّ ، وقال : إنَّه أصحُّ . الخامسةُ ، لا يصِحُّ الإبْراءُ مِنَ الدَّيْنِ قبلَ

---

(١) بعده في م : « كان » .

الشرح الكبير

وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ، لا أعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّ القَبْضَ إنَّما يكونُ مِن المُتَّهِبِ أو نائِبِه ، والوَلِىُّ نائِبٌ بالشَّرْعِ ، فصَحَّ قَبْضُه له ، أمَّا غيرُه فلا نِيابَةَ له . قال شيخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ القَبُولُ والقَبْضُ مِن غيرِهم عندَ عَدَمِهم ؛ لأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إلى ذلك ، فإنَّ الصَّبِىَّ قد يكونُ فى مكانٍ لا حاكِمَ فيه ، وليس له أبٌ ولا وَصِىٌّ ، ويكونُ [٢٣٩/٥و] فقيرًا لا غِنَى به عن الصَّدَقاتِ ، فإن لم يَصِحَّ قَبْضُ غيرِهم له انْسَدَّ بابُ وُصُولِها إليه ، فيَضِيعُ ويَهْلِكُ ، ومُراعاةُ حِفْظِه عن الهَلاكِ أوْلَى مِن مُراعاةِ الوِلايَةِ . فعلى هذا ، للأُمِّ القَبْضُ له ، وكلِّ مَن يَلِيه مِن أقارِبِه وغيرِهم .

الإنصاف

وُجوبِه . ذكَرَه الأصحابُ ، وجزَم جماعةٌ بأنَّه تَمْليكٌ . ومنَع بعضُهم أنَّه إسْقاطٌ ، وأنَّه لايصِحُّ بلَفْظِ الإسْقاطِ ، وإنْ سلَّمْناه ، فكأنَّه مَلَّكَه إيَّاه ، ثم سقَط . ومنَع أيضًا أنَّه لا يُعْتَبَر قَبُولُه ، وإنْ سلَّمْناه ؛ فلأنَّه ليس مالًا بالنِّسْبَةِ إلى مَن هو عليه . وقال : العَفْوُ عن دَمِ العَمْدِ تَمْليكٌ أيضًا . وفى صحيحِ مُسْلِمٍ[2] ، أنَّ أبا اليَسَرِ الصَّحابِىَّ قال لغَريمِه : إذا وَجَدْتَ قَضاءً ، فاقْضِ ، وإلَّا فأنت فى حِلٍّ . وأعْلَمَ به الوَليدَ بنَ عُبادَةَ بنِ الصَّامتِ ، وابنَه ، وهما تابِعِيَّان ، فلم يُنْكِراه . قال فى « الفُروعِ » : وهذا مُتَّجِهٌ . واخْتارَه شيْخُنا . السَّادِسَةُ ، لو تبارَآ ، وكان لأحَدِهما على الآخَرِ دَيْنٌ مَكْتوبٌ ، فادَّعَى أحدُهما اسْتِثْناءَه بقَلْبِه ، ولم يُبْرِئْه منه ، قُبِلَ قوْلُه ، ولخَصْمِه تحْليفُه . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . قال فى « الفُروعِ » : وتتَوَجَّهُ الرِّوايَتان [٢٥٧/٢و] فى مُخالفَةِ النِّيَّةِ للعامِّ ، بأيِّهما يُعْمَلُ . السَّابعةُ ، قال القاضى

---

(١) فى : المغنى ٢٥٣/٨ .

(٢) فى : باب حديث جابر الطويل ، وقصة أبى اليسر ، من كتاب الزهد والرقائق . صحيح مسلم ٢٣٠٢/٤ .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان الصَّبىُّ مُمَيِّزًا ، فحُكْمُه حُكْمُ الطِّفْلِ فى قِيامِ وَلِيِّه مَقامَه ؛ لأنَّ الوِلايَةَ لا تَزُولُ عنه قبلَ البُلُوغِ ، إلَّا أنَّه إذا قَبِلَ لنَفْسِه وقَبَض لها ، صَحَّ ؛ لأنَّه مِن أهْلِ التَّصَرُّفِ ، فإنَّه يَصِحُّ بَيْعُه وشِراؤُه بإذْنِ الوَلِىِّ ، فههُنا أوْلَى . ولا يَحْتاجُ إلى إذْنِ الوَلِىِّ ههُنا ؛ لأنَّه مَصْلَحَةٌ لا ضَرَرَ فيه ، فَصَحَّ مِن غيرِ إذْنِ وَلِيِّه ، كوَصِيَّتِه وكَسْبِه المُباحاتِ . ويَحْتَمِلُ أن يَقِفَ صِحَّةُ القَبْضِ منه على إذْنِ وَلِيِّه دُونَ القَبُولِ ؛ لأنَّ القَبْضَ يَحْصُلُ به مُسْتَوْلِيًا على المالِ ، فلا يُؤْمَنُ تَضْيِيعُه له وتَفْرِيطُه فيه ، فيتَعَيَّنُ حِفْظُه عن ذلك بتَوَقُّفِه على إذْنِ وَلِيِّه ، كقَبْضِه لوَدِيعَتِه ، بخِلافِ القَبُولِ ، فإنَّه يَحْصُلُ له به المِلْكُ مِن غيرِ ضَرَرٍ ، فجاز مِن غيرِ إذْنٍ ، كاحْتِشاشِه واصْطِيادِه .

فصل : فإن وَهَب الأبُ لوَلَدِه الصَّغِيرِ شيئًا ، قام مَقامَه فى القَبْضِ والقَبُولِ ، إنِ احْتِيجَ إليه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهْلِ العِلْمِ على أنَّ الرجلَ إذا وَهَب لوَلَدِه الطِّفْلِ دارًا بعَيْنِها ، أو عَبْدًا بعَيْنِه ، وقَبَضَه له مِن نَفْسِه ، وأشْهَدَ عليه ، أنَّ الهِبَةَ تامَّةٌ . هذا قولُ مالِكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . ورُوِىَ مَعْنَى ذلك عن شُرَيْحٍ ،

الإنصاف

مُحِبُّ الدِّينِ بنُ نَصْرِ اللهِ ، فى حَواشِى « الفُروعِ » : الإبْراءُ مِنَ المَجْهولِ عندَنا صحيحٌ ، لكِنْ هل هو عامٌّ فى جَميعِ الحُقوقِ ، أو خاصٌّ بالأمْوالِ ؟ ظاهِرُ كلامِهم أنَّه عامٌّ . قلتُ : صرَّح به فى « الفُروعِ » ، فى آخرِ القَذْفِ ، وقدَّمه . وقال الشَّيْخُ عَبْدُ القادِرِ ، فى « الغُنْيَةِ » : لا يكْفِى الاسْتِحْلالُ المُبْهَمُ . ويأْتِى ذلك مُحَرَّرًا هناك .

الشرح الكبير

وعُمَرَ بن عبدِ العزيزِ . فإن كان المَوْهُوبُ ممّا يَفْتَقِرُ إلى قَبْضٍ ، اكْتُفِىَ بقَوْلِه : قد وَهَبْتُ هذا لابنِى ، وقَبَضْتُه له . لأنَّه يُغْنِى عن القَبُولِ ، كما ذَكَرْنا . ولا يَكْفِى قَوْلُه : قد قَبِلْتُه . لأنَّ القَبُولَ لا يُغْنِى عن القَبْضِ . وإن كان ممّا لا يَفْتَقِرُ ، اكْتُفِى بقَوْلِه : قد وَهَبْتُ هذا لابْنِى . ولا يَحْتاجُ إلى ذِكْرِ قَبْضٍ ولا قَبُولٍ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ الفُقَهاءُ على أنَّ هِبَةَ الأبِ لوَلَدِه الصَّغِيرِ فى حِجْرِه لا تَحْتاجُ إلى قَبْضٍ ، وأنَّ الإِشْهادَ فيها يُغْنِى عن القَبْضِ ، وإن وَلِيَهَا أبوه ؛ لِما رَواه مالِكٌ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن ابنِ المُسَيَّبِ ، أنَّ عُثْمانَ قال : مَن نَحَل وَلَدًا له صَغِيرًا لم يَبْلُغْ أن يَحُوزَ نِحْلَةً ، فأعْلَنَ ذلك وأشْهَدَ على نَفْسِه ، فهى جائِزَةٌ ، وإن وَلِيَها أبوه[1] . وقال القاضى : لابُدَّ فى [٥/٢٣٩ظ] هِبَةِ الوَلَدِ مِن أن يقولَ : قَبِلْتُه . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الهِبَةَ عندَهم لا تَصِحُّ إلَّا بالإِيجابِ والقَبُولِ . وقد ذَكَرْنا مِن قبلُ أنَّ قَرائِنَ الأحْوالِ ودَلالَتَها تُغْنِى عن لَفْظِ القَبُولِ ، ولا أدَلَّ على القَبُولِ مِن كونِ القابِلِ هو الواهِبَ ، فاعْتِبارُ لَفْظٍ لا يُفِيدُ مَعْنًى مِن غيرِ وُرُودِ الشَّرْعِ به تَحَكُّمٌ لا مَعْنَى له ، مع مُخالَفَتِه لظاهِرِ حالِ أمْرِ النبىِّ ﷺ وصحابتِه . وليس هذا مَذْهَبًا لأحمدَ ، فقد قال ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ ، فى رجلٍ أشْهَدَ بسَهْمٍ مِن ضَيْعَتِه ، وهى مَعْرُوفَةٌ ، لابْنِه ، وليس له وَلَدٌ غيرَه ، فقال : أُحِبُّ أن يقولَ عندَ الإِشْهادِ : قد قَبَضْتُه له . قِيلَ[2] له : فإن سَهَا . قال : إذا كان مُفرَزًا رَجَوْتُ . فقد ذَكَر أحمدُ أنَّه يُكْتَفَى بقَوْلِه :

الإنصاف ....

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب يقبض للطفل أبوه ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ٦/١٧٠ .

(٢) فى م : « قال » .

الشرح الكبير

قد قَبَضْتُه له . وأنَّه يَرْجُو أن يُكْتَفَى مع التَّمْيِيزِ بالإِشْهادِ فحَسْبُ . وهذا مُوافِقٌ للإجْماعِ المَذْكُورِ عن سائِرِ العُلَماءِ . وقال بعضُ أصحابِنا : يُكْتَفَى بأحَدِ لَفْظَيْن ، إمّا أن يقولَ : قد قَبِلْتُه . أو : قد قَبَضْتُه . لأنَّ القَبُولَ يُغْنِى عن القَبْضِ . وظاهِرُ كَلامِ أحمدَ ما ذَكَرْناه . ولا فَرْقَ بينَ الأثْمانِ وغيرِها فيما ذكَرْنا . وبه يقولُ أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . وقال مالِكٌ : إن وَهَب له ما لا يُعْرَفُ بعَيْنِه ؛ كالأثْمانِ ، لم يَجُزْ ، إلَّا أن يَضَعَها على يَدِ غيرِه ؛ لأنَّ الأبَ قد يُتْلِفُ ذلك ، أو يَتْلَفُ بغيرِ سَبَبِه ، فلا يُمْكِنُ أن يُشْهِدَ على شىءٍ بعَيْنِه ، فلا يَنْفَعُ القَبْضُ شيئًا . ولَنا ، أنَّ ذلك ممّا يَصِحُّ هِبَتُه ، فإذا وَهَبَه لابْنِه الصَّغِيرِ وقَبَضَه له ، صَحَّ ، كالعُرُوضِ .

فصل : فإن كان الواهِبُ للصَّبِىِّ غيرَ الأبِ مِن أوْلِيائِه ، فقال أصحابُنا : لابُدَّ أن يُوَكِّلَ مَن يَقْبَلُ للصَّبِىِّ ويَقْبِضُ له ؛ ليكونَ الإِيجابُ منه ، والقَبولُ والقَبْضُ مِن غيرِه ، كما فى البَيْعِ ، بخِلافِ الأبِ ؛ فإنَّه يَجُوزُ أن يُوجِبَ ويَقْبَلَ ويَقْبِضَ ، لكَوْنِه يَجُوزُ أن يَبِيعَ لنَفْسِه . قال شيخُنا[1] . والصَّحِيحُ عندِى أنَّ الأبَ وغيرَه فى هذا سَواءٌ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَجُوزُ أن يَصْدُرَ منه ومِن وَكِيلِه ، فجاز أن يَتَوَلَّى طَرَفَيْه ، كالأبِ . وفارَقَ البَيْعَ ؛ فإنَّه لا[2] يَجُوزُ أن يُوَكِّلَ مَن يَشْتَرِى له ، ولأنَّ البَيْعَ عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ومُرابَحَةٍ ، فيُتَّهَمُ فى عَقْدِه لنَفْسِه ، والهِبَةُ مَحْضُ مَصْلَحَةٍ لا تُهْمَةَ فيها ، وهو وَلِىٌّ ، فجاز

الإنصاف ....

(١) فى : المغنى ٨/٢٥٥ .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

أن يتَوَلَّى طَرَفَى العَقْدِ ، كالأبِ ، ولأنّ البَيْعَ إنَّما مُنِع منه لِما يَأْخُذُه مِن العِوَضِ لنَفْسِه مِن مالِ الصَّبِىِّ ، وهو هٰهُنا يُعْطِى ولا يَأْخُذُ ، [٥/٢٤٠و] فلا وَجْهَ لمَنْعِه مِن ذلك وتَوْقِيفِه على تَوْكِيلِ غيرِه ، ولأنَّنا قد ذَكَرْنا أنَّه يُسْتَغْنَى بالإِيجابِ والإِشْهادِ عن القَبْضِ والقَبُولِ ، فلا حاجَةَ إلى التَّوْكِيلِ فيهما مع غِناه عنهما .

فصل : فأمَّا الهِبَةُ مِن الصَّبِىِّ لغيرِه ، فلا تَصِحُّ ، سَواءٌ أذِنَ فيها الوَلِىُّ أو لم يَأْذَنْ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لِحَظِّ نَفْسِه ، فلم يَصِحَّ تبَرُّعُه ، كالسَّفِيهِ . فأمَّا العَبْدُ فلا يَجُوزُ أن يَهَبَ إلَّا بإذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّه مالٌ لسَيِّدِه ، ومالُه مالٌ لسَيِّدِه ، فلا يجوزُ له إزالَةُ مِلْكِ سَيِّدِه عنه بغيرِ إذْنِه ، كالأجْنَبِىِّ . وقد ذَكَرْنا فى جَوازِ الصَّدَقَةِ مِن قُوتِه بالرَّغِيفِ ونحوِه رِوايَةً أنَّ ذلك جائِزٌ ، وذَكَرْنا دَلِيلَه فى الحَجْرِ [1] . وللعَبْدِ أن يَقْبَلَ الهَدِيَّةَ والهِبَةَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه تَحْصِيلٌ للمالِ للسَّيِّدِ ، فلم يُعْتَبَرْ إذْنُه فيه ، كالالتِقاطِ والاصْطِيادِ ونحوِه .

فصل : والقَبْضُ فى الهِبَةِ كالقَبْضِ فى البَيْعِ ، وقد ذَكَرْنا ذلك والاخْتِلافَ فيه فى كِتابِ البَيْعِ ، وهذا مَقِيسٌ عليه .

(١) انظر ما تقدم فى ١٣/٤٢٩ .

المقنع وَتَصِحُّ هِبَةُ الْمُشَاعِ ، ....

الشرح الكبير **٢٦٠٩** – مسألة : (وتَصِحُّ هِبَةُ المُشَاعِ) وبه قال مالِكٌ ، والشافعىُّ . وسَواءٌ فى ذلك ما أمْكَنَ قِسْمَتُه أو لم يُمْكِنْ . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : لا تَصِحُّ هِبَةُ المُشاعِ الذى يُمْكِنُ قِسْمَتُه ؛ لأنَّ القَبْضَ شَرْطٌ فى الهِبَةِ ، ووُجُوبُ القِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ القَبْضِ وتَمامَه ، وتَصِحُّ هِبَةُ ما لا يُمْكِنُ قِسْمَتُه ؛ لعَدَمِ ذلك فيه . فإن وَهَب واحِدٌ اثْنَين شيئًا ممّا يَنْقَسِمُ ، لم يَجُزْ عندَ أبى حنيفةَ ، وجاز عندَ صاحِبَيْه . وإن وَهَب اثْنان اثْنَيْن شيئًا ممّا يَنْقَسِمُ ، لم يَصِحَّ فى قِياسِ قَوْلِهم ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ مِن المُتَّهِبَين قد وُهِب له جُزْءٌ مُشاعٌ . ولَنا ، أنَّ وَفْدَ هَوازِنَ لَمّا جاءُوا يَطْلُبُون مِن رسولِ اللهِ ﷺ أن يَرُدَّ عليهم ما غَنِمَه منهم ، قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَا كَانَ لِى وَلِبَنِى عَبْدِ المُطَّلِبِ ، فَهُوَ لَكُمْ » . رَواه البُخارِىُّ[1] . وهو هِبَةُ

الإنصاف قوله : وتصِحُّ هِبَةُ المُشاعِ . هذا المذهبُ المَقْطوعُ به ، عندَ الأصحابِ قاطِبَةً . وفى طريقَةِ بعضِ الأصحابِ ، ويتَخرَّجُ لنا مِن عدَمِ إجارَةِ المُشاعِ ، أنَّه لا يصِحُّ رَهْنُه ولا هِبَتُه .

---

(١) فى : باب إذا وهب شيئا لوكيل ... ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب من ملك من العرب رقيقا ... ، من كتاب العتق ، وفى : باب من رأى الهبة الغائبة جائزة ، من كتاب الهبة ، وفى : باب من الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين ... ، من كتاب الخمس ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ ويوم حنين إذ أعجبتكم كثرتكم ... ﴾ من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٣/ ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٩٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٤/ ١٠٨ ، ٥/ ٩٥ .

وليس فيه لفظ : « ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم » .

ولكن أخرجه النسائى ، فى : باب هبة المشاع ، من كتاب الهبة . المجتبى ٦/ ٢٢٠ ، ٢٢١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٨٤ ، ٢١٨ .

الشرح الكبير

مُشاعٍ . وروَى عَمْرُو بنُ شُعَيْب ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : سَمِعْتُ النبيَّ ﷺ وقد جاء رجلٌ ومعه كُبَّةٌ[(1)] مِن شَعْرٍ ، فقال : أَخَذْتُ هذه مِن الْمَغْنَمِ لأُصْلِحَ بها بَرْذَعَةً لى ، فقال النبيُّ ﷺ : « مَا كَانَ لى وَلِبَنِى عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، فَهُوَ لَكَ »[(2)] . وروَى عُمَيْرُ بنُ سَلَمَةَ الضَّمْرِىُّ ، قال : خَرَجْنَا مع رسولِ اللهِ ﷺ حتى أتَيْنا الرَّوْحاءَ ، فرَأَيْنا حِمارَ وَحْشٍ [٥/٢٤٠ظ] مَعْقُورًا ، فأَرَدْنا أخْذَه ، فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « دَعُوهُ ، فإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِىءَ صَاحِبُه » . فجاء رجلٌ مِن بَهْزٍ ، وهو الذى عَقَرَه ، فقال : يا رسولَ اللهِ ، شَأْنُكُم بالحِمارِ . فأمَرَ رسولُ اللهِ ﷺ (3)أبا بكرٍ(3) أن يَقْسِمَه بينَ النّاسِ . رَوَاهُ الإِمامُ أحمدُ ، والنَّسائِىُّ[(4)] . ولأنَّه يَجُوزُ بَيْعُه ، فجازَتْ هِبَتُه ، كالذى لا يَنْقَسِمُ . وقولُهم : إنَّ وُجُوبَ القِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ القَبْضِ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ صِحَّتَه فى البَيْعِ ، فكذا هٰهُنا . ومتى كانتِ الهِبَةُ لاثْنَيْن ، فقَبَضاه بإذْنِه ، ثَبَت مِلْكُهما فيه ، وإن قَبَضَه أحَدُهما ، ثَبَت المِلْكُ فى نَصِيبِه دُونَ نَصِيبِ[(5)] صاحِبِه .

(١) الكبة من الشعر : الخصلة المجتمعة منه .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى فداء الأسير بالمال ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/٥٧ ، ٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٨٤ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) أخرجه النسائى ، فى : باب إباحة أكل لحوم حمر الوحش ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧/١٨١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤١٨ .

(٥) سقط من : م .

المقنع وَكُلُّ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

الشرح الكبير **٢٦١٠** – مسألة : (و) تَصِحُّ هِبَةُ (كلِّ ما يَجُوزُ بَيْعُه) لأنه تَمْليكٌ فى الحَياةِ ، فصَحَّ ، كالبَيْعِ . وتَصِحُّ هِبَةُ الكَلْبِ وما[1] يُباحُ الانْتِفاعُ به مِن النَّجاساتِ ؛ لأنَّه تبرُّعٌ ، فجاز فى ذلك ، كالوَصِيَّةِ . ومتى قُلْنا : إنَّ القَبْضَ شَرْطٌ فى الهِبَةِ . لم تَصِحَّ الهِبَةُ فيما لا يُمْكِنُ تَسْليمُه ، كالعَبْدِ الآبِقِ ، والجَمَلِ الشّارِدِ ، والمَغْصُوبِ لغيرِ غاصِبه ، ممَّن لا يَقْدِرُ على أخْذِه منه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ؛ لأنه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ ،

الإنصاف قوله : وكلُّ ما يجوزُ بَيْعُه . يعْنِى ، تصِحُّ هِبَتُه . وهذا صحيحٌ ، ونصَّ عليه . ومَفْهومُه ، أنَّ مالا يجوزُ بَيْعُه لاتجوزُ هِبَتُه . وهو المذهبُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » واخْتارَه القاضى . وقيل : تصِحُّ هِبَةُ ما يُباحُ الانْتِفاعُ به مِنَ النَّجاساتِ . جزَم به الحارِثِىُّ . (٢وتصِحُّ هِبَةُ٢) الكَلْبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » . واخْتارَه الحارِثِىُّ . قال فى « القاعِدَةِ السَّابعَةِ والثَّمانِين » : وليس بينَ القاضى وصاحِبِ « المُغْنِى » خِلافٌ فى الحقيقَةِ ؛ لأنَّ نقْلَ اليَدِ فى هذه الأعْيانِ جائزٌ ، كالوَصِيَّةِ ، وقد صرَّح به القاضى فى « خِلافِه » . انتهى . نقَل حَنْبَلٌ ، فى مَن أهْدَى إلى رَجُلٍ كَلْبَ صَيْدٍ ، تَرَى أنْ يُثِيبَ عليه ؟ قال : هذا خِلافُ الثَّمَنِ ، هذا عِوَضٌ مِن شيءٍ ، فأمَّا الثَّمَنُ ، فلا . وأطْلَقَ فى الكَلْبِ المُعلَّمِ وَجْهَيْن فى « الرِّعايَةِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وقيل : وتصِحُّ أيضًا هِبَةُ جِلْدِ المَيْتَةِ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : ويظْهَرُ لى صِحَّةُ هِبَةِ الصُّوفِ على الظَّهْرِ ، قوْلًا واحِدًا .

(١) فى الأصل : « ومالا » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

أشْبَه البَيْعَ . فإن وَهَب المَغْصُوبَ لغاصِبِه ، أو لمَن يَتَمَكَّنُ مِن أخْذِه منه ، صَحَّ ؛ لإمكانِ قَبْضِه . وليس لغيرِ الغاصِبِ القَبْضُ إلَّا بإذْنِ الواهِبِ . فإن وَكَّلَ المالِكُ الغاصِبَ فى تَقْبِيضِه ، صَحَّ . وإن وَكَّلَ المُتَّهِبُ الغاصِبَ فى القَبْضِ له ، فقَبِلَ ومَضَى زَمَنٌ يُمْكِنُ قَبْضُه فيه ، صار مَقْبُوضًا ، ومَلَكَه المُتَّهِبُ ، وبَرِئَ الغاصِبُ مِن ضَمانِه . وإن قُلْنا : القَبْضُ ليس شَرْطًا فى الهِبَةِ . فما لا يُعْتَبرُ فيه القَبْضُ مِن ذلك يَحْتَمِلُ أن لا يُعْتَبَرَ فى صِحَّةِ هِبَتِه القُدْرَةُ على التَّسْلِيمِ . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه تَمْلِيكٌ بلا عِوَضٍ ، أشْبَهَ الوَصِيَّةَ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَصِحَّ هِبَتُه ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ بَيْعُه ، أشْبَهَ الحَمْلَ فى البَطْنِ . وكذلك يُخَرَّجُ فى هِبَةِ الطَّيْرِ فى الهَواءِ ، والسَّمَكِ فى الماءِ ، إذا كان مَمْلُوكًا .

الإنصاف

تنبيه : مفْهومُ كلامِ المُصَنِّفِ أيضًا ، أنَّه لاتصِحُّ هِبَةُ أُمِّ الوَلَدِ ، إنْ قُلْنا : لايجوزُ بيْعُها . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . وقيل : يصِحُّ هنا ، مع القَوْلِ بعدَمِ صِحَّةِ بَيْعِها . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الفائقِ » . قلتُ : يَنْبَغِى أنْ يُقَيَّدَ القَوْلُ بالصِّحَّةِ ؛ بأنْ يكونَ حُكْمُها حُكمَ الإماءِ فى الخِدْمَةِ ونحوِها ، إلى أنْ يموتَ الواهِبُ ، فتَعْتِقَ ، وتَخرُجَ مِن الهِبَةِ .

---

(١) بعده فى ر ١ : « ومضى » . وبعده فى م : « فى » .

المقنع

وَلَا تَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ ، ....

الشرح الكبير

٢٦١١ – مسألة : (ولا تَصِحُّ هِبَةُ المَجْهُولِ) كالحَمْلِ فى البَطْنِ ، واللَّبَنِ فى الضَّرْعِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ مَعْجُوزٌ عن تَسْلِيمِه ، فلم تَصِحَّ هِبَتُه ، كما لا يَصِحُّ بَيْعُه . وفى الصُّوفِ على الظَّهْرِ وَجْهان ، بناءً على صِحَّةِ بَيْعِه . ومتى أذِنَ له فى جَزِّ الصُّوفِ ، وحَلْبِ الشّاةِ ، كان إباحَةً ، وإن [٢٤١/٥و] وَهَب دُهْنَ سِمْسِمِه قبلَ عَصْرِه ، أو زَيْتَ زَيْتُونِه ، أو جَفْتَه[1] ، لم يَصِحَّ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ولا نَعْلَمُ لهم مُخالِفًا . ولا تَصِحُّ هِبَةُ المَعْدُومِ ، كالذى تَحْمِلُ أمَتُه أو شَجَرَتُه ؛ لأنَّ الهِبَةَ عَقْدُ تَمْلِيكٍ فى الحَياةِ ، فلم تَصِحَّ فى هذا كلِّه ، كالبَيْعِ .

الإنصاف

قوله : ولا تصِحُّ هِبَةُ المَجْهُولِ . اعْلَمْ أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، أنَّ هِبَةَ المَجْهولِ كالصُّلْحِ عنِ المَجْهولِ ، على ما تقدَّم فى بابِ الصُّلْحِ عندَ قوْلِه : ويصِحُّ الصُّلْحُ عنِ المَجْهولِ بمَعْلومٍ . وعليه الأصحابُ . (٢)اعْلَمْ أنَّ المَوْهوبَ المَجْهولَ ؛ تارَةً يتعَذَّرُ عِلْمُه ، وتارَةً لا يتعَذَّرُ عِلْمُه ، فإنْ تعَذَّرَ عِلْمُه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ حُكْمَه حُكمُ الصُّلْحِ على المَجْهولِ المُتعَذِّرِ عِلْمُه ، كما تقدَّم . وهو الصِّحَّةُ . قطَع به فى « المُحَرَّرِ » ، و« النَّظْمِ » ، و« الفُروعِ » ، و« المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وأكثرِ الأصحابِ ، أنَّه لا يصِحُّ ؛ لإطْلاقِهم عدَمَ الصِّحَّةِ فى هِبَةِ(٢)

---

(١) الجفت : هو القشر الرقيق الذى بين اللحم والقشر الصلب الذى هو وعاء للحم شجر البلوط . انظر : معجم أسماء النبات ١٥٢ ، حديقة الأزهار فى ماهية العشب والعقار ، للوزير ٨٣ .

(٢ – ٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

فصل : قد ذَكَرْنا أنَّ هِبَةَ المَجْهُولِ لا تَصِحُّ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايَةِ أبى داودَ ، وحَرْبٍ . وبه قال الشافعىُّ . قال شيخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أنَّ الجَهْلَ إذا كان مِن الواهِبِ مَنَع الصِّحَّةَ ؛ لأنَّه غَرَرٌ فى حَقِّه ، وإن كان مِن المَوْهُوبِ له لم يَمْنَعْها ؛ لأنَّه لا غَرَر فى حَقِّه ، فلم يُعْتَبَرْ فى حَقِّه العِلْمُ بما يُوهَبُ له ، كالوَصِيَّةِ . وقال مالِكٌ : تَصِحُّ هِبَةُ المَجْهُولِ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالنَّذْرِ والوَصِيَّةِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدُ تَمْلِيكٍ لا يَصِحُّ تَعْلِيقُه بالشُّرُوطِ ، فلم يَصِحَّ فى المَجْهُولِ ، كالبَيْعِ ، بخِلافِ النَّذْرِ

الإنصاف

[2]المَجْهولِ ، مِن غيرِ تَفْصيلٍ . وهو ظاهِرُ رِوايَةِ أبى داودَ ، وحَرْبِ الآتِيَتَين . وإنْ لم يتَعذَّرْ عِلْمُه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها لاتصِحُّ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وأكثرُهم قطَع به . نقَل حَرْبٌ ، لاتصِحُّ هِبَةُ المَجْهولِ . وقال فى رِوايَةِ حَرْبٍ أيضًا : إذا قال : شَاةً مِن غَنَمِى . يعْنِى ، وَهَبْتُها له ، لم يَجُزْ[2] . وقال المُصَنِّفُ : ويَحْتَمِلُ أنَّ الجَهْلَ [3]إذا كان[3] مِنَ الواهِبِ ، مَنَعَ الصِّحَّةَ ، وإنْ كان مِنَ المَوْهوبِ له ، لم يَمْنَعْها . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وتصِحُّ هِبَةُ المَجْهولِ ؛ كقَوْلِه : ما أخَذْتَ مِن مالِى ، فهو لك . أو مَن وجَد شيئًا مِن مالِى ، فهو له . واخْتارَ الحارِثِىُّ صِحَّةَ هِبَةِ المَجْهولِ .

فائدة : لو قال : خُذْ مِن هذا الكِيسِ ماشِئْتَ . كان له أخْذُ ما فيه جميعًا . ولو قال : خُذْ مِن هذه الدَّراهِمِ ماشِئْتَ . لم يَمْلِكْ أخْذَها كلِّها ؛ إذِ الكِيسُ ظَرْفٌ ،

---

(1) فى : المغنى ٨/٢٤٩ ، ٢٥٠ .

(٢ - ٢) زيادة من : ا .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

المقنع

وَلَا مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ . وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهَا عَلَى شَرْطٍ، وَلَا شَرْطُ مَا يُنَافِي مُقْتَضَاهَا ، نَحْوَ أَلَّا يَبِيعَهَا وَلَا يَهَبَهَا .

الشرح الكبير

والوَصِيَّةِ . فأمّا (ما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه) فتَصِحُّ هِبَتُه ، فى أحَدِ الاحْتِمالَيْن ، إذا قُلْنا : إنَّ القَبْضَ ليس بشَرْطٍ فى صِحَّةِ الهِبَةِ . وقد ذَكَرْناه .

٢٦١٢ – مسألة : (ولا يَجُوزُ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ ، ولا شَرْطُ ما يُنافِى مُقْتَضاها ، نحوَ أن لا يَبِيعَها ولا يَهَبَها) لا يَصِحُّ تَعْلِيقُ الهِبَةِ على شَرْطٍ ؛ لأنَّها تَمْلِيكٌ لعَيْنٍ فى الحَياةِ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ ، كالبَيْعِ . فإن عَلَّقَها على شَرْطٍ ، كقولِ النبىِّ ﷺ لأُمِّ سَلَمَةَ : « إنْ

الإنصاف

فإذا أخذَ المَظْروفَ ، حَسُنَ أنْ يقولَ : أخذْتُ مِنَ الكِيسِ ما فيه . ولا يحْسُنُ أنْ يقولَ : أخذْتُ مِنَ الدَّراهِمِ كلِّها . نقَلَه الحارِثِىُّ عن « نَوادِرِ ابنِ الصَّيْرَفِىِّ » .

قوله : ولا ما لا يقْدِرُ على تَسْليمِه . يعْنِى ، لا تصِحُّ هِبَتُه . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقيل : تصِحُّ هِبَتُه . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوجَّهُ مِن هذا القَوْلِ ، جوازُ هِبَةِ المَعْدومِ وغيرِه . قلتُ : اخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ صِحَّةَ هِبَةِ المَعْدومِ ؛ كالثَّمَرِ ، واللَّبَنِ بالسَّنَةِ . قال : واشْتِراطُ القُدْرَةِ على التَّسْليمِ هنا ، فيه نظَرٌ ، بخِلافِ البَيْعِ .

قوله : ولا يجوزُ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، إلَّا ما اسْتَثْناه ، وقطَع به أكثرُهم . وذكَر الحارِثِىُّ جوازَ تعْليقِها على شَرْطٍ . قلتُ : واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . ذكَرَه عنه فى « الفائقِ » .

المقنع

وَلَا تَوْقِيتُهَا ، كَقَوْلِهِ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً .

الشرح الكبير

رَجعَتْ هَدِيَّتنا إلَى النَّجاشِىِّ ، فَهِىَ لَكِ »[1] . كان وَعْدًا ، لا هِبَةً . ومتى شَرَط شَرْطًا يُنافِى مُقْتَضاها ، نحوَ أن لا يَبِيعَها ولا يَهَبَها ، أو بشَرْطِ أن يَبِيعَه أو يَهَبَه ، أو أن يَهَبَ فُلانًا شيئًا ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ ، رِوايَةً واحِدَةً . وفى صِحَّةِ الهِبَةِ وَجْهان ، بِناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ .

٢٦١٣ – مسألة : (ولا تَوْقِيتُها ، كقَوْلِه : وَهَبْتُكَ هذا سَنَةً) إذا وَقَّتَ الهِبَةَ ، كقَوْلِه : وَهَبْتُكَ هذا سَنَةً ، ثم يَعُودُ إلَىَّ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه عَقْدُ تَمْلِيكٍ لعَيْنٍ ، فلم يَصِحَّ مُؤَقَّتًا ، كالبَيْعِ .

فصل : وإن وَهَب أمَةً واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها ، صَحَّ فى قِياسِ قولِ أحمدَ ، فى مَن أعْتَقَ أمَةً واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها ؛ لأنَّه تبرَّعَ بالأُمِّ واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها ،

الإنصاف

تنبيه : قولُه : ولا شَرْطِ ما يُنافِى مُقْتَضاها ؛ نحوَ ، أنْ لا يبيعَها ، ولا يَهَبَها . هذا الشَّرْطُ باطِلٌ ، بلا نِزاعٍ . لكِنْ هل تصِحُّ الهِبَةُ ، أمْ لا ؟ فيه وَجْهان ؛ بِناءً على الشُّروطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ ، على ما تقدَّم . [2]والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ الصِّحَّةُ[2] .

قوله : ولا تَوقِيتُها ، كقَوْلِه : وَهَبْتُك هذا سَنَةً . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، إلَّا ما اسْتَثْناه المُصَنِّفُ . وذكَر الحارِثِىُّ الجوازَ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ .

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤ .

(٢ – ٢) زيادة من : ا .

المقنع

إِلَّا فِى الْعُمْرَى ؛ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ . أَوْ : أَرْقَبْتُكَهَا . أَوْ : جَعَلْتُهَا لَكَ عُمُرَكَ . أَوْ : حَيَاتَكَ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ .

الشرح الكبير

أشْبَهَ العِتْقَ . وبه يقولُ فى العِتْقِ النَّخعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . ويتَخَرَّجُ أن لا يَصِحَّ ، كما لو باع أمَةً واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها ، وقد ذَكَرْناه فى البَيْعِ[1] . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ : تَصِحُّ الهِبَةُ ويَبْطُلُ [٢٤١/٥ ظ] الاسْتِثْناءُ . ولَنا ، أنَّه لم يَهَبِ الوَلَدَ ، فلم يَمْلِكْه المَوْهُوبُ له ، كالمُنْفَصِلِ وكالمُوصَى به .

٢٦١٤ – مسألة : (إلَّا فى العُمْرَى) والرُّقْبَى (وهو أن يقولَ : أعْمَرْتُكَ هذه الدّارَ . أو : أرْقَبْتُكَهَا . أو : جَعَلْتُها لك عُـمُرَكَ . أو : حَياتَكَ . فإنَّه يَصِحُّ ، وتكونُ للمُعْمَرِ ولِوَرَثَتِه مِن بعدِه) العُمْرَى والرُّقْبَى ؛ نَوْعان مِن أنْواعِ الهِبَةِ ، يَفْتَقِرَان إلى ما يَفْتَقِرُ إليه سائِرُ الهِبَاتِ ، مِن الإيجابِ والقَبُولِ والقَبْضِ ، أو ما يَقُومُ مَقامَ ذلك عندَ مَن اعْتَبرَهُ . وصُورَةُ العُمْرَى أن يقولَ : أعْمَرْتُكَ دارِى هذه . أو : هى لك عُمُرَكَ .

الإنصاف

قوله : إلَّا فى العُمْرَى ؛ وهو أنْ يقُولَ : أعْمَرْتُك هذه الدَّارَ ، أوْ أرْقَبْتُكها ، أوْ جَعَلْتُها لك عُمْرَك ، أو حَياتَك . وكذا قوْلُه : أعْطَيْتُكها . أو جعَلْتُها لك عُمْرَى ، أو رُقْبَى أو ما بَقِيتَ – فإنَّهُ يصِحُّ ، وتكونُ للْمُعْمَرِ – بفَتْحِ الميمِ – ولِوَرَثَته مِن بعدِه . هذه العُمْرَى ، والرُّقْبَى . وهى صحيحَةٌ بهذه الألْفاظِ ، وتكونُ للمُعْمَرِ

---

(١) انظر ما تقدم فى ١١/١٢٨ ، ١٢٩ .

الشرح الكبير

أو : ما عِشْتَ . أو : مُدَّةَ حياتِكَ . أو : ما حَيِيتَ . أو نحوَ هذا . سُمِّيَتْ عُمْرَى لِتَقْييدِها بالعُمُرِ . والرُّقْبَى أن يقولَ : أرْقَبْتُكَ هذه الدّارَ . أو : هى لك حَياتَكَ ، على أنَّكَ إن مِتَّ قبلِى عادت إلَىَّ ، وإن مِتُّ قبلَك ، فهى لك ولعَقِبِك . فكأنَّه يقولُ : هى لآخِرِنا مَوْتًا . ولذلك سُمِّيَتْ رُقْبَى ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَرْقُبُ مَوْتَ صاحِبِه . وهما جائِزان فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وحُكِىَ عن بعضِهم أنَّها لا تَصِحُّ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا »[(1)] . ولَنا ، ما روَى جابرٌ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « العُمْرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِها ، والرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِها » . رَواه أبو داودَ ، والتِّرمِذِىُّ[(2)] . وقال : حديثٌ حَسَنٌ . فأمَّا النَّهْىُ فإنَّما وَرَد على وَجْهِ الإعْلامِ لهم إنَّكم إن أعْمَرْتُمْ أو أرْقَبْتُم يَعُدْ للمُعْمَرِ والمُرْقَبِ ، ولم يَعُدْ إليكم منه شىءٌ . وسِياقُ الحديثِ يَدُلُّ عليه ؛ فإنَّه قال : « فَمَنْ أعْمَرَ عُمْرَى ، فَهِىَ لِلَّذِى أُعْمِرَها حَيًّا ومَيِّتًا وعَقِبِهِ » . ولو أُرِيدَ به حَقِيقَةُ النَّهْىِ ، لم يَمْنَعْ ذلك صِحَّتَها ؛ فإنَّ النَّهْىَ إنَّما يَمْنَعُ صِحَّةَ ما يُفِيدُ المَنْهِىُّ

الإنصاف

ولوَرَثَتِه مِن بعدِه . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال الحارِثِىُّ : العُمْرَى

---

(1) أخرجه أبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٤ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر فى العمرى . المجتبى ٦/٢٣٠ .

(2) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٠١ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر فى العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٢ . وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢٩٧ ، ٣٠٣ .

الشرح الكبير

عنه فائِدَةً ، أمّا إذا كان صِحَّةُ المَنْهِيِّ عنه[1] ضَرَرًا على مُرْتَكِبِه ، لم يَمْنَعْ صِحَّتَه ، كالطَّلاقِ فى زَمَنِ الحَيْضِ ، وصِحَّةُ العُمْرَى ضَرَرٌ على المُعْمِرِ ، فإنَّ مِلْكَه يَزُولُ بغيرِ عِوَضٍ . إذا ثَبَت ذلك ، فإنَّ العُمْرَى تَنْقُلُ المِلْكَ إلى المُعْمَرِ. وبهذا قال جابرُ بنُ عبدِ اللهِ، وابنُ عُمَرَ، وابنُ عباسٍ، وشُرَيْحٌ، ومجاهِدٌ، وطاوُسٌ، والثَّوْرِىُّ، والشافعىُّ، وأصحابُ الرَّأْىِ. ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ. وقال مالِكٌ، واللَّيْثُ: العُمْرَى تَمْلِيكُ المَنافِعِ، لا تُمْلَكُ بها رَقَبَةُ المُعْمِرِ بحالٍ، ويكونُ للمُعْمَرِ السُّكْنَى، فإذا[2] مات، عادت إلى المُعْمِرِ. وإن قال: له ولعَقِبِه. كان سُكْناها لهم، فإذا انْقَرَضُوا عادت [٥/٢٤٢و] إلى المُعْمِرِ. واحْتَجُّوا[3] بما رَوَى يَحْيَى بنُ سعيدٍ، عن عبدِ الرحمنِ بنِ القاسِمِ، قال: سَمِعْتُ مَكْحُولًا يَسْأَلُ القاسِمَ بنَ محمدٍ عن العُمْرَى،

الإنصاف

المَشْروعَةُ[4] ، أنْ يقولَ : هى لك ولعَقِبِكَ مِن بعدِك لاغيرُ . ونقَل يَعْقُوبُ ، وابنُ هانِئٍ ، مَن يُعْمَرُ الجارِيَةَ ، هل يطَؤُها ؟ قال : لا أراه . وحمَلَه القاضى على الوَرَعِ ؛ لأنَّ بعضَهم جعَلَها تَمْليكَ المَنافِعِ . قال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والثَّلاثِين بعدَ المِائَةِ » [٢/٢٥٧ظ] : وهو بعيدٌ . والصَّوابُ تحْريمُه ، وحَمْلُه على أنَّ المِلْكَ بالعُمْرَى قاصِرٌ .

فائدة : لو لم يَكُنْ له وَرَثَةٌ ، كان لبَيْتِ المالِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « فيه فإن » .

(٣) فى م : « واحتجا » .

(٤) فى ط : « الشرعية » .

الشرح الكبير

ما يقولُ الناسُ فيها ؟ فقال القاسِمُ : ما أدْرَكْتُ النّاسَ إلّا على شُرُوطِهِم فى أمْوالِهم ، وما أعْطَوْا . وقال إبراهيمُ الحَرْبِىُّ ، عن ابنِ الأعْرابِىِّ : لم يَخْتَلِفِ العَرَبُ فى العُمْرَى ، والرُّقْبَى ، والإفْقارِ[1] ، والمِنْحَةِ[2] ، والعارِيَّةِ ، والسُّكْنَى ، والإطْراقِ ، أنَّها على مِلْكِ أرْبابِها ، ومَنافِعُها لمَن جُعِلَتْ له . ولأنَّ التَّمْليكَ لا يَتأقَّتُ ، كما لو باعَه إلى مُدَّةٍ ، فإذا كان لا يَتأقَّتُ حُمِلَ قَوْلُه على تَمْليكِ المَنافِعِ ؛ لأنَّه يَصِحُّ تَوْقِيتُه . ولنا ، ما روَى جابِرٌ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أمْسِكُوا عَلَيْكُم أمْوالَكُم ولَا تُفْسِدُوهَا ، فإنَّه مَنْ أعْمَرَ عُمْرَى فَهِىَ لِلَّذِى أُعْمِرَهَا حَيًّا ومَيِّتًا ولِعَقِبِه » . رَواه مسلمٌ[3] . وفى لَفْظٍ : قَضَى رسولُ اللهِ ﷺ بالعُمْرَى لمَن وُهِبَتْ له . مُتَّفَقٌ عليه[4] . وروَى ابنُ ماجه[5] ، عن ابنِ عُمَرَ ، قال : قال

الإنصاف ....

(١) الإفقار : أن يعطى الرجل الرجل دابته ، فيركبها ما أحب فى سفر أو حضر ، ثم يردها عليه .

(٢) المنحة : أن يمنح الرجل أخاه ناقة أو شاة ، فيحتلبها عاما أو أقل أو أكثر .

(٣) فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ ، ١٢٤٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٥/٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر فى العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣١/٦ . وابن ماجه ، فى : باب العمرى ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٢/٣ ، ٣٨٦ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العمرى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبى كثير ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣٤/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٤/٣ ، ٣٩٣ .

(٥) فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ .

الشرح الكبير

رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ وَمَوْتَهُ » . وعن زيدِ بنِ ثابتٍ أنَّ النبيَّ ﷺ جَعَلَ العُمْرَى للوارثِ[1] . وقد روَى مالكٌ حديثَ العُمْرَى فى « مُوَطَّئِه »[2] . وهو صحيحٌ رَواه جابرٌ ، وابنُ عُمَرَ ، وابنُ عباسٍ[3] ، ومُعاويةُ ، وزيدُ بنُ ثابتٍ ، وأبو هُرَيْرَةَ[4] . وقولُ القاسِمِ لا يُقْبَلُ فى مُخالَفَةِ مَن سَمَّيْنا مِن الصحابةِ والتّابعِين ، فكيف يُقْبَلُ فى مُخالَفَةِ سَيِّدِ المُرْسَلِين ! ولا يَصِحُّ دَعْوَى إجْماعِ أهْلِ المَدِينَةِ ، لكَثْرَةِ مَن قال بها منهم ، وقَضَى بها طارِقٌ[5] بالمَدِينةِ بأمْرِ عبدِ المَلِكِ ابنِ مَرْوانَ . وقولُ ابنِ الأعْرابِىِّ : إنَّها عندَ العَرَبِ تَمْلِيكُ المَنافِعِ . لا يَضُرُّ إذا نَقَلَها الشَّرْعُ إلى تَمْلِيكِ الرَّقَبَةِ ، كما نَقَل الصلاةَ مِن الدُّعاءِ إلى الأفْعالِ المَنْظُومَةِ ، ونَقَل الظِّهارَ والإِيلاءَ مِن الطَّلاقِ إلى أحْكامٍ مَخْصُوصَةٍ .

الإنصاف ....

(١) أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى ، ومن كتاب العمرى . المجتبى ٢٢٨/٦ ، ٢٢٩ . وابن ماجه ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٨٩/٥ .

(٢) فى : باب القضاء فى العمرى ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٦/٢ .

(٣) أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى ، ومن كتاب العمرى . المجتبى ٢٢٧/٦ ، ٢٢٩ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى والرقبى ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى العمرى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبى كثير ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣٥/٦ .

(٥) هو طارق بن عمرو مولى عثمان . انظر أخبار القضاة لوكيع ١٢٤/١ .

المقنع

وَإِنْ شَرَطَ رُجُوعَهَا إِلَى الْمُعْمِرِ عِنْدَ مَوْتِهِ ، أَوْ قَالَ : هِيَ لِآخِرِنَا مَوْتًا . صَحَّ الشَّرْطُ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ .

الشرح الكبير

قَوْلُهم : إنَّ التَّمْليكَ لا يتأَقَّتُ . قُلْنا : فلذلك أَبطَلَ الشَّرْعُ تَأْقِيتَها ، وجَعَلَها تَمْليكًا مُطْلَقًا . فإن قال فى العُمْرَى : إنَّها للمُعْمَرِ وعَقِبه . كان تَوْكِيدًا لحُكْمِها ، وتكونُ للمُعْمَرِ ولوَرَثَتِه . وهو قولُ جَمِيعِ القائِلِين بها .

٢٦١٥ – مسألة : (وإن شَرَط رُجُوعَها إلى المُعْمِرِ عندَ مَوْتِه ، أو قال : هى لآخِرِنا مَوْتًا . صَحَّ الشَّرْطُ . وعنه ، لا يَصِحُّ ، وتكونُ للمُعْمَرِ ولِوَرَثَتِه) مِن بعدِه . أمّا إذا [٥/٢٤٢ظ] شَرَط رُجُوعَها إلى المُعْمِرِ عندَ مَوْتِه ، أو قال : هى لآخِرِنا مَوْتًا . أو : إذا مِتَّ عادَتْ إلَيَّ إن كُنْتُ حَيًّا . أو : إلى وَرَثَتِى . ففيها رِوايتان ؛ إحْداهما ، صِحَّةُ العَقْدِ والشَّرْطِ ، ومتى مات المُعْمَرُ رَجَعَتْ إلى المُعْمِرِ . وبه قال القاسِمُ بنُ محمدٍ ، ويزيدُ بنُ

الإنصاف

قوله : وإنْ شرَط رُجوعَها إلى الْمُعْمِرِ – بكَسْرِ الميمِ – عندَ مَوْتِه ، أوْ قالَ : هِى لآخِرِنا مَوْتًا . صَحَّ الشَّرْطُ . هذا إحْدَى الرِّوايتَيْن . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وعنه ، لا يصِحُّ الشَّرْطُ ، وتكونُ للمُعْمَرِ – بفَتْحِ الميمِ – ولورَثَتِه مِن بعدِه . وهو المذهبُ . قال المُصَنِّفُ : هذا ظاهِرُ المذهبِ ، نصَّ عليه فى رِوايَةِ أبِى طالِبٍ . قال فى « الفائقِ » : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ

الشرح الكبير

قُسَيْطٍ[1] ، والزُّهْرِىُّ ، وأبو سَلَمَةَ بنُ عبدِ الرحمنِ ، وابنُ أبى ذِئْبٍ ، ومالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداودُ . وهو أحَدُ قَوْلَى الشافعىِّ ؛ لِما روَى جابرٌ ، قال : إنَّما العُمْرَى التى أجاز رسولُ اللهِ ﷺ أن يقولَ : هى لَكَ ولعَقِبكَ . فأمَّا إذا قال : هى لك ما عِشْتَ . فإنَّها تَرْجِعُ إلى صاحِبِها . مُتَّفقٌ عليه[2] . وروَى مالِكٌ فى « مُوَطَّئِه »[3] ، عن جابرٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « أيُّمَا رَجُلٍ أعْمَرَ عُمْرَى لَهُ ولِعَقِبِه ، فإنَّها لِلَّذِى أُعْطِيَها ، لَا تَرْجِعُ إلى مَنْ أعْطَاهَا » . لأنَّه أعْطَى عَطاءً وَقَعَتْ فيه المَوارِيثُ . ولقولِ النبىِّ

الإنصاف

الكُبْرَى » . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » . قال الحارِثِىُّ ، عن المَسْألَةِ الأُولَى : هو المذهبُ . وقال عن الثَّانِيَةِ : لا تصِحُّ الرِّوايَةُ عن أحمدَ بصِحَّةِ الشَّرْطِ .

---

(1) هو يزيد بن عبد الله بن قسيط المدنى الأعرج ، أبو عبد الله ، الإمام الفقيه الثقة . توفى سنة اثنتين وعشرين ومائة . سير أعلام النبلاء ٥/٢٦٦ .

(2) أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٦ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢٩٤ .
ولم نجده فى البخارى : انظر الإرواء ٦/٥٥ ، واللؤلؤ والمرجان ٢/١٨٦ .

(3) فى : باب القضاء فى العمرى ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٦ .
كما أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٥ ، ١٢٤٦ . وأبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/٩٩ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على الزهرى فيه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٣٦٠ ، ٣٩٩ .

الشرح الكبير

ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »[1] . وقال القاسِمُ بنُ محمدٍ : ما أدرَكْتُ النّاسَ إلَّا على شُرُوطِهم فى أمْوالِهم . والثانيةُ ، أنَّها تكونُ للمُعْمَرِ أيضًا ولوَرَثَتِه ، ويَبْطُلُ الشَّرْطُ . وهو قولُ الشافعىِّ الجَدِيدُ[2] ، وأبى حنيفةَ . قال شيخُنا[3] : وهو ظاهِرُ المَذْهَبِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ ؛ للأحاديثِ المُطْلَقةِ التى ذكَرْناها ، ولقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فمَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا فهُوَ له حَيَاتَه ومَوْتَه » . قال مجاهِدٌ : والرُّقْبَى ، هو أن يقولَ : هى للآخِرِ مِنِّى ومنك مَوْتًا . قال مجاهِدٌ : سُمِّيَتْ بذلك ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَرْقُبُ مَوْتَ صاحِبِه . ورَوَى الإمامُ أحمدُ[4] ، بإسْنادِه ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا عُمْرَى وَلَا رُقْبَى ، فمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا أوْ أُرْقِبَه فهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ ومَوْتَهُ » . وهذا صَرِيحٌ فى إبْطالِ الشَّرْطِ ؛ لأنَّ الرُّقْبَى يُشْتَرَطُ فيها عَوْدُها إلى المُرْقِبِ إن ماتَ الآخَرُ قبلَه .

الإنصاف

تنبيه : مِن لازمِ صِحَّةِ الشَّرْطِ ، صِحَّةُ العَقْدِ ، ولا عَكْسَ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ العَقْدَ فى هذه المَسْألَةِ صحيحٌ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،

---

(1) تقدم تخريجه فى ١٠/١٤٩ .

(2) فى ر٢ ، م : « فى الجديد » .

(3) فى : المغنى ٨/٢٨٥ .

(4) فى : المسند ٢/٣٤ ، ٧٣ .

الشرح الكبير

فأمّا حديثُهم الذى احْتَجُّوا به ، فمِن قولِ جابرٍ نَفْسِه ، وإنَّما نَقْلُ لَفْظِ النبىِّ ﷺ قال : « أمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أموالَكُمْ ولا تُفْسِدُوها ، فإنَّه مَنْ أعْمَرَ عُمْرَى ، فَهِىَ للَّذِى أُعْمِرَهَا حَيًّا ومَيِّتًا ، ولِعَقِبِه » . ولأنَّنا لو أجَزْنا هذا الشَّرْطَ ، كانت هِبَةً مُؤَقَّتَةً ، والهِبَةُ لا يجوزُ فيها التَّأْقِيتُ ، وإنَّما لم يُفْسِدْها الشَّرْطُ ؛ لأنَّه ليس بشَرْطٍ على [٥/٢٤٣و] المُعْمَرِ ، وإنَّما شَرْطُ ذلك على وَرَثَتِه ، ومتى لم يكنِ الشَّرْطُ مع المَعْقُودِ معه ، لم يُؤَثِّرْ فيه . وأمّا[1] قَوْلُه فى الحديثِ الآخَرِ : لأنَّه أعْطَى عَطاءً وَقَعَتْ فيه المَوارِيثُ . فهذه الزِّيادَةُ مِن كَلامِ أبى سَلَمَةَ بنِ عبدِ الرحمنِ ، كذلك رَواهُ ابنُ أبى ذِئْبٍ ، وفَصَّلَ هذه الزِّيادَةَ فقال عن النبىِّ ﷺ : إنَّه قَضَى فى مَن أُعْمِرَ عُمْرَى له ولعَقِبه فهى له بَتْلَةً[2] ، لا يَجُوزُ للمُعْطِى فيها شَرْطٌ ولا مَثْنَوِيَّةٌ[3] . قال أبو سَلَمَةَ : لأنه أعْطَى عَطاءً وَقَعَتْ فيه المَوارِيثُ[4] .

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفائقِ » وغيرِه : هذا المذهبُ . وعنه ، لا يصِحُّ العَقْدُ أيضًا . قال الحارِثِىُّ : وذكَر ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه وَجْهًا ببُطْلانِ العقْدِ لبُطْلانِ الشَّرْطِ ، كالبَيْعِ ، ولا يصِحُّ . انتهى .

فائدة : لايصِحُّ إعْمارُه المَنْفعَةَ ، ولا إرْقابُها ، فلو قال : سُكْنَى هذه الدَّارِ لك عُمْرَك . أو غلَّةُ هذا البُسْتانِ . أو خِدْمَةُ هذا العَبْدِ لك عُمْرَك . أو منَحْتُكه عُمْرَك .

---

(١) فى م : « ولنا » .

(٢) بتلة : مقطوعة .

(٣) المثنوية . الاستثناء .

(٤) انظر ما تقدم عند مسلم والنسائى فى تخريج حديث : « أيما رجل أعمر عمرى » فى صفحة ٥٢ .

الشرح الكبير

فصل : والرُّقْبَى كالعُمْرَى . قال أحمدُ : هى أن يقولَ : هى لك حَياتَك ، فإذا مِتَّ فهى لفُلانٍ . أو : هى راجِعَةٌ إلَىَّ . وهى كالعُمْرَى فيما إذا شَرَط عَوْدَها إلى المُعْمِرِ . قال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : العُمْرَى والرُّقْبَى سواءٌ . وقال طاوُسٌ : مَن أُرْقِبَ شيئًا فهو سَبيلُ المِيراثِ . وقال الزُّهْرِىُّ : الرُّقْبَى وَصِيَّةٌ . يَعْنِى أنَّ مَعْناها إذا مِتُّ فهذا لك . وقال الحسنُ ، ومالِكٌ ، وأبو حنيفةَ : الرُّقْبَى باطِلَةٌ ؛ لِما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ أجاز العُمْرَى ، وأبْطَلَ الرُّقْبَى[1] . ولأنَّ مَعْناها أنَّها للآخِرِ مِنَّا ، وهذا تَمْلِيكٌ مُعَلَّقٌ بخَطَرٍ ، ولا

الإنصاف

أو هو لك عُمْرَك . فذلك عارِيَّةٌ ، له الرُّجوعُ فيها[2] متى شاءَ فى حَياتِه أو بعدَ مَوْتِه . نقَلَه الجماعَةُ عن أحمدَ . ونقَل أبو طالِبٍ ، إذا قال : هو وَقْفٌ على فُلانٍ ، فإذا ماتَ ، فلوَلَدِى ، أو لفُلانٍ . فكما لو[3] قال : إذا ماتَ ، فهو لوَلَدِه ، أو لمَن أوْصَى له الواقِفُ ، ليس يَمْلِكُ منه شيئًا ، إنَّما هو لمَن وقَفَه ، يضَعُه حيثُ شاءَ ،

---

(١) حديث إجازة العمرى ، أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى العمرى ، وباب من قال فيه : ولعقبه ، وباب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ ، ٢٦٤ ، ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، وباب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٩٩/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٠/١ ، ٣٤٧ ، ٤٢٩ ، ٤٦٨ ، ٤٨٩ ، ٢٩٧/٣ ، ٣٠٣ ، ٣١٩ ، ٣٦١ ، ٣٦٤ ، ٣٩٢ .

وحديث النهى عن الرقبى . أخرجه النسائى ، فى : باب الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى . المجتبى ٢٢٧/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦/٢ ، ٣٤ ، ٧٣ ، ١٨٩/٥ .

(٢) زيادة من : ا .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

يَجُوزُ تَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بالخَطَرِ . ولَنا ، ما ذَكَرْنا مِن الأحاديثِ ، وحديثُهم لا نَعْرِفُه ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ مَعْناها ما ذكَرُوه ، بل مَعْناها أنَّها لك حَياتَكَ ، فإن مِتَّ رَجَعَتْ إلَيَّ ، فتكونُ كالعُمْرَى سَواءً ، (١)إلَّا أنَّه(١) زاد شَرْطَها لوَرَثَةِ المُرْقَبِ إن مات المُرْقَبُ قبلَه ، وهذا يُبَيِّنُ تأْكِيدَها على العُمْرَى .

فصل : وتَصِحُّ العُمْرَى فى الحَيَوانِ والثِّيابِ ؛ لأنَّها نَوْعُ هِبَةٍ ، فصَحَّتْ فى ذلك ، كسائرِ الهِباتِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى الرجلِ يُعْمَرُ الجارِيَةَ ، أنَّه قال : لا أرَى له وَطْأَها . قال القاضى : لم يَتَوَقَّفْ أحمدُ فى وطْءِ الجارِيَةِ لعَدَمِ المِلْكِ فيها ، لكنْ على طَرِيقِ الوَرَعِ ؛ لكونِ الوَطْءِ اسْتِباحَةَ فَرْجٍ ، وقد اخْتُلِفَ فى العُمْرَى ، فجعَلَها بعضُهم تَمْلِيكَ المَنافِعِ ، فلم يَرَ له وَطْأَها لهذا ، ولو وَطِئَها ، جاز .

فصل : وقد ذَكَرْنا أنَّه لو وَقَّتَ الهِبَةَ فى غيرِ العُمْرَى والرُّقْبَى كقَوْلِه : وَهَبْتُكَ هذا سَنَةً . أو : إلى أن يَقْدَمَ الحاجُّ . أو : إلى أن يَبْلُغَ وَلَدِى . أو :

الإنصاف

مثلَ السُّكْنَى ، والسُّكْنَى متى شاءَ رجَع فيه . ونقَل حَنْبَلٌ ، فى الرُّقْبَى والوَقْفِ ، إذا ماتَ ، فهو لورَثَتِه ، بخِلافِ السُّكْنَى . ونقَل حَنْبَلٌ أيضًا ، العُمْرَى والرُّقْبَى والوَقْفُ مَعْنًى واحدٌ ؛ إذا لم يَكُنْ فيه شَرْطٌ ، لم يرْجِعْ إلى ورَثَةِ المُعْمَرِ ، وإنْ شرَط فى وَقْفِه أنَّه له حَياتَه ، رجَع ، وإنْ جعَلَه له حَياتَه وبعدَ مَوْتِه ، فهو لورَثَةِ الذى أعْمَرَه ، وإلَّا رجَع إلى وَرَثَةِ الأوَّلِ . وتقدَّم حُكْمُ الوَقْفِ المُؤَقَّتِ .

(١ - ١) فى م : « لأنه » .

الشرح الكبير

مُدَّةَ حَياةِ فُلانٍ . ونحوَ هذا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها تَمْليكٌ للرَّقَبَةِ ، فلم تَصِحَّ مُؤَقَّتَةً ، كالبَيْعِ ، وتُفارِقُ العُمْرَى والرُّقْبَى ؛ لأنَّ الإنْسانَ إنَّما يَمْلِكُ الشيءَ عُمُرَه ، فإذا مَلَّكَه عُمُرَه فقد وَقَّتَه بما [٥/٢٤٣ظ] هو مُؤَقَّتٌ به فى الحَقِيقةِ ، فصار ذلك كالمُطْلَقِ .

فصل : فأمَّا إن قال : سُكْناها لك عُمُرَك . فله أخْذُها فى أىِّ وَقْتٍ أحَبَّ . وكذلك إن قال : اسْكُنْها . أو : أسْكَنْتُكَها عُمُرَكَ . أو نحوَ ذلك ، فليس هذا عَقْدًا لازِمًا ؛ لأنَّه فى التَّحْقِيقِ هِبَةُ المَنافِعِ ، والمَنافِعُ إنَّما تُسْتَوْفَى بمُضِىِّ الزَّمانِ شيئًا فشيئًا ، فلا تَلْزَمُ إلَّا فى قَدْرِ ما قَبَضَه منها واسْتَوْفاه بالسُّكْنَى . فعلى هذا ، للمُسْكِنِ الرُّجُوعُ متى شاء ، وتَبْطُلُ بمَوْتِ مَن مات منهما . وبه قال أكْثَرُ أهلِ العِلْمِ ؛ منهم الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال الحسنُ ، وعَطاءٌ ، وقَتادَةُ : هى كالعُمْرَى ، يَثْبُتُ فيها مِثْلُ حُكْمِها . وحُكِىَ عن الشَّعْبِىِّ ، أنَّه قال : إذا قال : هى لك ، اسْكُنْ حتى تَمُوتَ . فهى له حَياتَه ومَوْتَه . وإن قال : دارِى هذه اسْكُنْها حتى تَمُوتَ . فإنَّها تَرْجِعُ إلى صاحِبِها ؛ لأنَّه إذا قال : هى[1] لك . فقد جَعَل له رَقَبَتَها ، فتكونُ عُمْرَى . وإذا قال : اسْكُنْ دارِى هذه . فإنَّما جَعَل له نَفْعَها دُونَ رَقَبَتِها ، فتكونُ عارِيَّةً . ولَنا ، أنَّ هذا إباحَةُ المَنافِعِ ، فلم يَقَعْ لازِمًا ، كالعارِيَّةِ ، وفارَقَ العُمْرَى ؛ فإنَّها هِبَةُ الرَّقَبةِ . فأمَّا قَوْلُه : هذه لك ، اسْكُنْها حتى

الإنصاف
. . . .

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير تَمُوتَ . فإنَّه يَحْتَمِلُ ، لك سُكْنَاها حتى تَمُوتَ . وتَفْسِيرُها بذلك دَلِيلٌ على أنَّه أراد السُّكْنَى ، فأشْبَهَ ما لو قال : هذه لك سُكْنَاها . وإذا احْتَمَل أنَّه يُرِيدُ به الرَّقَبَةَ ، واحْتَمَلَ أن يُرِيدَ السُّكْنَى ، فلا نُزِيلُ مِلْكَه بالاحْتِمالِ .

فصل : إذا وَهَب هِبَةً فاسِدَةً ، أو باع بَيْعًا فاسِدًا ، ثم وَهَب تلك العَيْنَ ، أو باعَها بعَقْدٍ صحيحٍ مع عِلْمِه بفَسادِ الأوَّلِ ، صَحَّ العَقْدُ الثانى ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ فى مِلْكِه عالِمًا بأنَّه مِلْكُه . وإنِ اعْتَقَدَ صِحَّةَ العَقْدِ الأوَّلِ ، ففى الثَّانِى وَجْهان ؛ أحَدُهما ، صِحَّتُه ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ صادَفَ مِلْكَه وتَمَّ[1] بشُرُوطِه ، فصَحَّ[2] ، كما لو عَلِم فَسادَ الأوَّلِ . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا يَعْتَقِدُ فَسادَه ، ففَسَدَ ، كما لو صَلَّى يَعْتَقِدُ أنَّه مُحْدِثٌ ، فبان مُتَطَهِّرًا . وهكذا لو تَصَرَّفَ فى عَيْنٍ يَعْتَقِدُ أنَّها لأبيه ، فبان أنَّه قد مات ومَلَكَها الوارِثُ ، أو غَصَب عَيْنًا ، فباعَها يَعْتَقِدُها مَغْصُوبَةً ، فبان أنَّها مِلْكُه ، فعلى الوَجْهَيْن . قال القاضى : أصْلُ الوَجْهَيْن مَن باشَرَ امرأةً بالطَّلاقِ يَعْتَقِدُها أجْنَبِيَّةً ، فبانَتِ امْرأتَه ، أو باشَرَ بالعِتْقِ مَن يَعْتَقِدُها حُرَّةً ، فبانَتْ أمَتَه ، ففى وُقُوعِ الطَّلاقِ والحُرِّيَّةِ رِوايَتان . [٥/٢٤٤و] وللشّافِعِيَّةِ فى هذه المَسْألَةِ وَجْهان ، كما حَكَيْنا . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف ....

(١) فى م : « ثمَّ » .
(٢) فى الأصل : « لم يصح » .

المقنع

فَصْلٌ : وَالْمَشْرُوعُ فِى عَطِيَّةِ الْأَوْلَادِ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (والمَشْرُوعُ فى عَطِيَّةِ الأَوْلادِ القِسْمَةُ بينَهم على قَدْرِ مِيراثِهم) ولا خِلافَ بينَ أهلِ العلمِ فى اسْتِحْبابِ التَّسْوِيَةِ بينَهم ، وكَراهِيَةِ التَّفْضِيلِ . قال إبراهيمُ : كانُوا يَسْتَحِبُّون التَّسْوِيَةَ بينَهم حتى فى القُبَلِ . إذا ثَبَت هذا ، فالتَّسْوِيَةُ المُسْتَحَبَّةُ أن يَقْسِمَ بينَهم على حَسَبِ قِسْمَةِ اللهِ تعالى المِيراثَ ، للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْن . وبه قال عَطاءٌ ، وشُرَيْحٌ ، وإسحاقُ ، ومحمدُ بنُ الحسنِ . قال شُرَيْحٌ لرجلٍ قَسَمَ مالَه بينَ وَلَدِه : ارْدُدْهم إلى سِهامِ اللهِ وفَرائِضِه . وقال عَطاءٌ : ما كانُوا يَقْسِمُون إلَّا على كِتابِ اللهِ تعالى . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُبارَكِ : يُعْطِى الأُنْثَى مثلَ ما يُعْطِى الذَّكَرَ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال لبَشِيرِ بنِ سَعْدٍ : « سَوِّ بَيْنَهُم » . وعَلَّلَ ذلك بقَوْلِه : « أَيَسُرُّكَ

الإنصاف

قوله : والمَشْروعُ فى عَطِيَّةِ الأوْلادِ القِسْمَةُ بينَهم على قَدْرِ مِيراثِهم . هذا المذهبُ . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ أبى داودَ ، وحَرْبٍ ، ومحمدِ بنِ الحَكَمِ ، والمَرُّوذِىِّ ، والكَوْسَجِ ، وإسْحاقَ بنِ إبْراهيمَ ، وأبِى طالِبٍ ، وابنِ القاسِمِ ، وسِنْدِىٍّ . وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و« الوَجيزِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . وعنه ، المَشْروعُ أنْ يكونَ الذَّكَرُ كالأُنْثَى ، كما فى النَّفَقَةِ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُنونِ » ، والحارِثِىُّ .

الشرح الكبير

أنْ يَسْتَوُوا فِى بِرِّكَ » . فقال : نعم . قال « فَسَوِّ بَيْنَهُم »[1] . والبِنْتُ كالابْنِ فى اسْتِحْقاقِ بِرِّها ، فكذلك فى عَطِيَّتِها . وعن ابنِ عباسٍ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِى العَطِيَّةِ ، ولَوْ كُنْتُ مُؤْثِرًا أحَدًا لآثَرْتُ النِّسَاءَ عَلَى الرِّجَالِ » . رَواه سعيدٌ فى « سُنَنِه »[2] . ولأنَّها عَطِيَّةٌ فى الحَياةِ ، فاسْتَوَى فيها الذَّكَرُ والأُنْثَى ، كالنَّفَقَةِ والكُسْوَةِ . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى قَسَمَ بينَهم ، فجَعَلَ للذَّكَرِ مثلَ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، وأوْلَى ما اقْتُدِىَ به قِسْمةُ اللهِ تعالى ، ولأنَّ العَطِيَّةَ فى الحَياةِ إحْدَى حالَتَى العَطِيَّةِ ، فيُجْعَلُ للذَّكَرِ منها مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، كحالَةِ المَوْتِ ، يَعْنِى المِيراثَ ، يُحَقِّقُه أنَّ العَطِيَّةَ اسْتِعْجالٌ لِما يكونُ بعدَ المَوْتِ ، فيَنْبَغِى أن تكونَ على حَسَبِه ، كما أنَّ مُعَجِّلَ الزكاةِ قبلَ وُجُوبِها يُؤَدِّيها على صِفَةِ أدائِها بعدَ وُجُوبِها ،

الإنصاف

وفى « الواضِحِ » وَجْهٌ ، تُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بينَ أبٍ وأُمٍّ ، وأخٍ وأُخْتٍ . قال فى رِوايَةِ أبِى طالِبٍ : لا يَنْبَغِى أنْ يُفَضِّلَ أحدًا مِن وَلَدِه فى طَعامٍ ولا غيرِه ، كان[3] يُقالُ : يَعْدِلُ بينَهم فى القُبَلِ . قال فى « الفُروعِ » : فدخَل فيه نظَرٌ وَقْفٍ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ولا يَجِبُ على المُسْلِمِ التَّسْوِيَةُ بينَ أوْلادِه الذِّمَّةِ[4] .

---

(١) يأتى تخريجه من حديث النعمان بن بشير فى صفحة ٦٥ .

(٢) فى : باب من قطع ميراثا فرضه الله . السنن ١/٩٧ .

(٣) فى ط : « كما » .

(٤) قومٌ ذِمَّةٌ : مُعاهَدون ، أى ذوو ذِمَّةٍ ، وهو : الذِّمّ . اللسان ١٢/٢٢١ .

الشرح الكبير

وكذلك الكفّاراتُ المُعَجَّلَةُ ، ولأنَّ الذَّكَرَ أحْوَجُ مِن الأُنْثَى ، مِن قِبَلِ أنَّهما إذا تَزَوَّجا جَمِيعًا ، فالصَّداقُ والنَّفَقَةُ ونَفَقَةُ الأوْلادِ على الذَّكَرِ ، والأُنْثَى لها ذلك ، فكان أوْلَى بالتَّفْضِيلِ ؛ لزِيادَةِ حاجَتِه ، وقد قَسَمَ اللهُ المِيراثَ ، فَفَضَّلَ الذَّكَرَ مَقْرُونًا بهذا المَعْنَى ، فيُعَلَّلُ به ، ويَتَعَدَّى ذلك إلى العَطِيَّةِ فى الحَياةِ . وحديثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةُ عَيْنٍ ، وحِكايَةُ حالٍ لا عُمُومَ لها ، إنَّما يَثْبُتُ حُكْمُها فى مِثْلِها ، ولا نَعْلَمُ حالَ أوْلادِ بَشِيرٍ ، هل كان فيهم أُنْثَى [٥/٢٤٤ظ] أوْ لا . ولَعَلَّ النبىَّ ﷺ قد عَلِم أنَّه ليس له إلَّا وَلَدٌ ذَكَرٌ . ثم تُحْمَلُ التَّسْوِيَةُ على القِسْمَةِ على كِتابِ اللهِ تعالى . ويَحْتَمِلُ أنَّه أراد التَّسْوِيَةَ فى أصْلِ العَطاءِ لا فى صِفَتِه ، فإنَّ التَّسْوِيَةَ لا تَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ مِن كلِّ وَجْهٍ ، وكذلك الحديثُ الآخَرُ ، ودَلِيلُ ذلك قولُ عَطاءٍ : ما كانُوا يَقْسِمُونَ إلَّا على كِتابِ اللهِ تعالى . وهذا خَبَرٌ عن جَمِيعِهم . على أنَّ الصحيحَ فى خَبَرِ ابنِ عباسٍ أنَّه مُرْسَلٌ .

الإنصاف

تنبيهات ؛ الأوَّلُ ، يَحْتَمِلُ قوْلُه : فى عَطِيَّةِ الأوْلادِ . دُخولَ أوْلادِ الأوْلادِ ، ويُقَوِّيه قوْلُه : القِسْمَةُ بينَهم على قَدْرِ إرْثِهم . فقد يكونُ فى وَلَدِ الولدِ مَن يَرِثُ . وهذا المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . ويَحْتَمِلُ أنَّ هذا الحُكْمَ مَخْصوصٌ بأوْلادِه لصُلْبِه . وهو وَجْهٌ . وذكَر الحارِثِىُّ ، لا وَلَدَ بَنِيه[1] وبَناتِه . الثَّانى ، قُوَّةُ كلامِ المُصَنِّفِ تُعْطِى أنَّ فِعْلَ ذلك على سَبِيلِ الاسْتِحْبابِ . وهو قوْلُ القاضى فى « شَرْحِه » . وتقدَّم كلامُه فى « الواضِحِ » . والصَّحيحُ مِنَ

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

المذهبِ ؛ أنَّه إذا فعَل ذلك يجِبُ عليه ، ولا يَأْباه كلامُ المُصَنِّفِ هنا . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ »، و « التَّلْخيصِ »، و « النَّظْمِ »، و « الوَجيزِ »، و « الفائقِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و« الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ »، و « الحارِثِىِّ » . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . وقال : هو المذهبُ . الثَّالثُ ، مَفْهومُ قوْلِه : والمَشْروعُ فى عَطِيَّةِ الأوْلادِ . أنَّ الأقـارِبَ الوارِثِين غيرَ الأوْلادِ ، ليس عليه التَّسْويَةُ بينَهم . وهو اخْتِيارُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ . قال فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وهو أصحُّ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الوَجيزِ » ، فإنَّه قال : يجِبُ التَّعْديلُ فى عطِيَّةِ أوْلادِه بقَدْرِ إرْثِهم منه . قال الحارِثِىُّ : هو المذهبُ ، وعليه المُتَقدِّمون ؛ كالخِرَقِىِّ ، وأبى بَكْرٍ ، وابنِ أبى مُوسى . قال فى « الفُروعِ » : وهو سَهْوٌ . انتهى . والصَّحيحُ أنَّ حُكْمَ الأقارِبِ الوُرَّاثِ فى العَطِيَّةِ ، كالأوْلادِ . نصَّ عليه ، وجزَم به [٢٥٨/٢و] فى « الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ »، و « التَّلْخيصِ »، و « المُحَرَّرِ »، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، وقال : اخْتارَه الأكثرُ . وأمَّا الزَّوْجُ والزَّوْجَةُ ، فلا يدْخُلان فى لَفْظِ الأوْلادِ والأقارِبِ ، بلا نِزاعٍ بينَ الأصحابِ ، فهم خارِجُون مِن هذه الأحْكامِ . صرَّح به فى « الرِّعايَةِ » وغيرِها ، وهو ظاهِرُ كلامِ الباقِين . الرَّابعُ ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ مَشْروعِيَّةُ التَّسْويَةِ فى الإعْطاءِ ، سواءٌ كان قليلًا أو كثيرًا ، وسواءٌ كانوا كلُّهم فُقَراءَ أو بعضُهم . واعْلَمْ أنَّ الإمامَ أحمدَ نصَّ على أنَّه يُعْفَى عن الشَّىءِ التَّافِهِ . وقال القاضى أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ : يُعْفَى عن الشَّىءِ اليَسيرِ . وعنه ، يجِبُ التَّسْويَةُ أيضًا فيه ، إذا تَساوَوْا فى الفَقْرِ أو الغِنَى .

المقنع

فَإِنْ خصَّ بَعْضَهُمْ أَوْ فَضَّلَهُ ، فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِالرُّجُوعِ أَوْ [١٥٧و] إِعْطَاءِ الْآخَرِ حَتَّى يَسْتَوُوا .

الشرح الكبير

٢٦١٦ – مسألة : (فإن خَصَّ بعضَهم أو فَضَّلَه ، فعليه التَّسْوِيَةُ بالرُّجوعِ أو إعْطاءِ الآخَرِ حتى يَسْتَوُوا) قد ذَكَرْنا أنَّ المَشْرُوعَ أن يُسَوِّىَ بينَ أوْلادِه فى العَطِيَّةِ على قَدْرِ مِيراثِهم ، فإن خَصَّ بعضَهم بعَطِيَّتِه ، أو فاضَلَ بينَهم ، أثِمَ ، إذا لم يَخْتَصَّ بمَعْنًى يُبِيحُ التَّفْضِيلَ ، ووَجَب عليه التَّسْوِيَةُ ، إمّا بردِّ ما فَضَّلَ به البعضَ ، أو إعْطاءِ الآخَرِ حتى يُتِمَّ نَصِيبَه . قال طاوُسٌ : لا يَجُوزُ ذلك ، ولا رَغِيفٌ مُحْتَرِقٌ . وبه قال ابنُ المُبارَكِ .

الإنصاف

قوله : فإنْ خَصَّ بعضَهم أو فضَّلَه ، فعليه التَّسْوِيَةُ بالرُّجوعِ أو إعْطاءِ الآخَرِ حتى يَسْتَوُوا . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، وغيرِهم . قالَ الزَّرْكَشِىُّ : نصَّ عليه فى روايَةِ يُوسُفَ بنِ مُوسى ، وهو ظاهِرُ كلامِ الأكْثَرِين . انتهى . قال الحارِثِىُّ : وهو ظاهِرُ إيرادِ الكتابِ والأصحابِ . ونصَرَه . وتحْريمُ فِعْلِ ذلك ، فى الأوْلادِ وغيرِهم مِنَ الأقارِبِ ، مِنَ المُفْرَداتِ . وقيل : إنْ أعْطاه لمَعْنًى فيه ؛ مِن حاجَةٍ ، أو زَمانَةٍ ، أو عَمًى ، أو كثْرَةِ عائلَةٍ ، أو لاشْتِغالِه بالعِلْمِ ونحوِه ، أو منَع بعْضَ وَلَدِه لفِسْقِه ، أو بِدْعَتِه ، أو لكَوْنِه يعْصِى اللهَ بما يأْخُذُه ونحْوِه ، جازَ التَّخْصيصُ . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، واقْتَصرَ عليه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، إلَّا أنْ تكونَ النُّسْخَةُ مَغْلوطَةً . وقطَع به النَّاظِمُ . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وقال : هو ظاهِرُ كلامِه . قلتُ : قد رُوِىَ عن أحمدَ ما يدُلُّ

الشرح الكبير

ورُوِىَ مَعْناه عن مُجاهِدٍ ، وعُرْوَةَ . وكان الحَسَنُ يَكْرَهُه ، ويُجيزُه[1] فى القَضاءِ . وقال مالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : يَجُوزُ ذلك . ورُوِىَ مَعْنَى ذلك عن شُرَيْحٍ ، وجابرِ بن زيدٍ ، والحسنِ بنِ صالحٍ ؛ لأنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، نَحَل عائشةَ ابْنَتَه جذاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا دُونَ سائِرِ وَلَدِه[2] . واحْتَجَّ الشافعىُّ بقولِ النبىِّ ﷺ فى حديثِ النُّعْمانِ بنِ بَشِيرٍ : « أَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِى » . فأمَرَه بتأْكِيدِها دُونَ الرُّجُوعِ فيها . ولأنَّها عَطِيَّةٌ تَلْزَمُ بمَوْتِ الأبِ ، فكانت جائِزَةً ، كما لو سَوَّى بينَهم . ولَنا ، ما رَوَى النُّعْمانُ بنُ بَشِيرٍ ، قال : تَصَدَّقَ عَلَىَّ أبى ببعضِ مالِه ، فقالت أُمِّى عَمْرَةُ بِنْتُ رَواحَةَ : لا أرْضَى حتى تُشْهِدَ عليها رسولَ اللهِ ﷺ . فجاءَ بى إلى رسولِ اللهِ ﷺ لِيُشْهِدَه على صَدَقَتِى ، فقال : « أكُلَّ وَلَدِكَ أعْطَيْتَ مِثْلَه ؟ » . قال : لا . قال : « فَاتَّقُوا اللهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أوْلادِكُمْ » . قال : فَرَجَعَ أبى فرَدَّ تلك الصَّدَقَةَ . وفى لَفْظٍ قال : « فَارْدُدْهُ » . وفى لَفْظٍ : « فَأرْجِعْهُ » . وفى لَفْظٍ : « لا تُشْهِدْنِى عَلَى جَوْرٍ » وفى لَفْظٍ : « فلا تُشْهِدْنِى إذًا » . وفى لفظٍ : « فَأَشْهِدْ عَلَى

الإنصاف

على ذلك ؛ فإنَّه قال فى تَخْصيصِ بعضِهم بالوَقْفِ : لا بأْسَ إذا كان لحاجَةٍ ، وأكْرَهُه ، إذا كان على سَبِيلِ الأَثَرَةِ . والعَطِيَّةُ فى معْنَى الوَقْفِ . قلتُ : وهذا قَوِىٌّ جدًّا .

---

(١) فى م : « يخيره » .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٦/٤٨٥ .

الشرح الكبير

هَذَا غَيْرِى » . وفى لَفْظٍ : « سَوِّ بَيْنَهُم » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وهو[2] دَلِيلٌ على التَّحْرِيمِ ؛ لأنَّه سَمَّاه جَوْرًا وأمَرَه برَدِّه ، وامْتَنَعَ مِن الشَّهادَةِ عليه ، والجَوْرُ حَرامٌ ، والأمْرُ يَقْتَضِى الوُجُوبَ ، ولأنَّ تَفْضِيلَ بعضِهم يُورِثُ بينَهم العَداوَةَ والبَغْضاءَ وقَطِيعَةَ الرَّحِمِ ، فمُنِعَ منه ، كتَزْوِيجِ المرأةِ على عَمَّتِها وخالَتِها . وقولُ أبى بكرٍ لا يُعارِضُ [٢٤٥/٥و] قولَ النبىِّ ﷺ ، ولا يُحْتَجُّ به معه . ويَحْتَمِلُ أنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، خَصَّها لحاجَتِها وعَجْزِها عن الكَسْبِ والتَّسَبُّبِ ، مع اخْتِصاصِها بفَضْلِها وكونِها أُمَّ المُؤْمِنِين ، وغيرِ ذلك مِن فَضائِلِها . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ نَحَلَها ونَحَل غيرَها مِن وَلَدِه ، أو نَحَلَها وهو يُرِيدُ أن يَنْحَلَ غيرَها ، فأدْرَكَه المَوْتُ قبلَ ذلك . ويتَعَيَّنُ حَمْلُ حَدِيثِه على أحَدِ هذه الوُجُوهِ ؛ لأنَّ حَمْلَه على مِثْلِ مَحَلِّ

الإنصاف

قوله : فعليه التَّسْوِيَةُ بالرُّجوعِ أو إعْطاءِ الآخَرِ . هذا المذهبُ ، أعْنِى ، أنَّ التَّسْوِيَةَ ؛ إمَّا بالرُّجوعِ ، وإمَّا بالإعْطاءِ . قال فى « الفُروعِ » : هذا الأشْهَرُ . نصَّ عليه . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ،

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب الهبة للولد ... ، وباب الإشهاد فى الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢٠٦/٣ . ومسلم ، فى : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤١/٣ - ١٢٤٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٢/٢ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٢٦/٣ ، ٢٦٨/٤ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

(٢) فى م : « وفيه » .

الشرح الكبير

النِّزاعِ مَنْهِىٌّ عنه ، وأقَلُّ أحْوالِه الكَراهَةُ ، والظّاهِرُ مِن حالِ أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، اجْتِنابُ المَكْرُوهاتِ ، وقولُ النبىِّ ﷺ : « فأَشْهِدْ عَلَى هذا غَيْرِى » . ليس بأمْرٍ ؛ لأنَّ أدْنَى أحْوالِ الأمْرِ الاسْتِحْبابُ والنَّدْبُ ، ولا خِلافَ فى كَراهَةِ هذا . وكيف يَجُوزُ أن يَأْمُرَ بتأْكِيدِه مع أمْرِه بردِّه ، وتَسْمِيَتِه إيّاه جَوْرًا ؟ وحَمْلُ الحديثِ على هذا حَمْلٌ لحديثِ رسولِ اللهِ ﷺ على التَّناقُضِ ، ولو أمَرَ النبىُّ ﷺ بإشْهادِ غيرِه ، لامْتَثَلَ بَشِيرٌ أمْرَه ، ولم يَرُدَّه ، وإنَّما هو تَهْدِيدٌ له (1)على هذا(1) ، فيُفِيدُ ما أفادَه النَّهْىُ عن إتْمامِه .

فصل : فأمّا إن خَصَّ بعضَهم لمَعْنًى يَقْتَضِيه تَخْصِيصُه ؛ مِن حاجَةٍ ، أو زَمانَةٍ ، أو عَمًى ، أو كَثْرَةِ عائِلَةٍ ، أو لاشْتِغالِه بالعِلْمِ ، أو صَرَف عَطِيَّتَه عن بعضِ وَلَدِه ؛ لفِسْقِه ، أو بِدْعَتِه ، أو[2] لكونِه يَعْصِى اللهَ تعالى بما يَأْخُذُه ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على جَوازِ ذلك ؛ فإنَّه قال ، فى تَخْصِيصِ بعضِهم بالوَقْفِ : لا بَأْسَ إذا كان لحاجَةٍ ، وأكْرَهُه إذا كان

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرِهم . ولم يذْكُرِ الإمامُ أحمدُ فى رِوايَةٍ إلَّا الرُّجوعَ فقط . وقالَه الخِرَقِىُّ ، وأبو بَكْرٍ . قال الحارِثِىُّ : والأظْهَرُ أنَّ المَنْقول عن أحمدَ ليس قوْلَين مُخْتَلِفَين ، إنَّما هو اخْتِلافُ حالَين .

(1 - 1) سقط من : م .

(2) فى م : « و » .

الشرح الكبير

على سَبيلِ الأَثَرَةِ . والعَطِيَّةُ فى مَعْناه . ويَحْتَمِلُ ظاهِرُ لَفْظِه المَنْعَ مِن التَّفْضِيلِ على كلِّ حالٍ ، لكونِ النبىِّ ﷺ لم يَسْتَفْصِلْ بَشِيرًا فى عَطِيَّتِه . قال شيخُنا[1] : والأوَّلُ أَوْلَى إن شاء اللهُ ؛ لحديثِ أبى بكرٍ ، ولأنَّ بعضَهم اخْتَصَّ بمَعْنًى يَقْتَضِى العَطِيَّةَ ، فجاز أن يَخْتَصَّ بها ، كما لو اخْتَصَّ بالقَرابَةِ ، وحديثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ لا عُمُومَ لها ، وتَرْكُ النبىِّ ﷺ الاسْتِفْصالَ يَجُوزُ أن يكونَ لعِلْمِه بالحالِ . فإن قِيلَ : لو عَلِم الحالَ لَما قال : « أَلَكَ وَلَدٌ غَيْرُهُ ؟ » . قُلْنا : يَجُوزُ أن يكونَ السُّؤالُ هٰهُنا لبَيانِ العِلَّةِ ، كما قال ، عليه الصلاةُ والسَّلامُ ، للذى سَأَلَه عن بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ : « أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إذا [٥/٢٤٥ظ] يَبِسَ ؟ » قال : نعم . قال : « فَلَا إذًا »[2] . وقد عَلِم أنَّ الرُّطَبَ يَنْقُصُ ، لكنْ نَبَّهَ السّائِلَ بهذا على عِلَّةِ المَنْعِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : والأُمُّ فى المَنْعِ مِن المُفاضَلَةِ بينَ أوْلادِها كالأبِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « اتَّقُوا اللهَ وَاعْدِلُوا بين أَوْلَادِكُمْ » . ولأنَّها أحَدُ الوالِدَيْن ، أشْبَهَتِ الأبَ ، ولأنَّ ما يَحْصُلُ بتَخْصِيصِ الأبِ بعضَ وَلَدِه مِن الحَسَدِ والتَّباغُضِ ، يُوجَدُ مِثْلُه فى تَخْصِيصِ الأُمِّ ، فيَثْبُتُ لها مِثْلُ حُكْمِه فى ذلك .

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ قولِه : أو إعْطاءِ الآخَرِ . ولو كان إعْطاؤُه فى مَرَضِ المَوْتِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . قال الشّارِحُ : وهو الصَّحيحُ . وصحَّحه فى « الفائقِ » .

---

(١) فى : المغنى ٨/٢٥٨ .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٢/٥١ .

المقنع

فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ ، ثَبَتَ لِلْمُعْطَى. وَعَنْهُ، لَا يَثْبُتُ، وَلِلْبَاقِينَ الرُّجُوعُ. اخْتَارَهُ أَبُو عَبْدِ اللهِ ابْنُ بَطَّةَ .

الشرح الكبير

٢٦١٧ – مسألة : (وإن مات قبلَ ذلك ، ثَبَت للمُعْطَى . وعنه ، لا يَثْبُتُ ، وللباقِينَ الرُّجُوعُ . اخْتارَه أبو عبدِ اللهِ ابنُ بَطَّةَ) إذا فاضَلَ بين وَلَدِه فى العَطايا ، أو خَصَّ بعضَهم بعَطِيَّةٍ ، ثم مات قبلَ أن يَسْتَرِدَّه ، ثَبَت ذلك للمَوْهُوبِ له ، ولَزِم ، وليس لبَقِيَّةِ الوَرَثَةِ الرُّجُوعُ . هذا المَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فى رِوايَةِ محمدِ بنِ الحَكَمِ ، والمَيْمُونِىِّ . واخْتارَه الخَلَّالُ ،

الإنصاف

قال الزَّرْكَشِىُّ : أَوْلَى القَوْلَيْن ، الجوازُ . واخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، لا يُعْطِى فى مرَضِه . وهو[1] قولٌ قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . قال الحارِثِىُّ : أشْهَرُ الرِّوايتَيْن ، لا يصِحُّ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ ، ويُوسُفَ ابنِ مُوسى ، والفَضْلِ بنِ زِيادٍ ، وعَبْدِ الكَرِيمِ بنِ الهَيْثَمِ ، وإسْحاقَ بنِ إبْراهِيمَ . ونقَل المَيْمُونِىُّ وغيرُه ، لا يَنْفُذُ . وقال أبو الفَرَجِ وغيرُه : يُؤْمَرُ بَرَدِّه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، يجوزُ التَّخْصِيصُ بإذْنِ الباقِى . ذكَرَه الحارِثِىُّ ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . الثَّانيةُ ، يجوزُ للأبِ تَمَلُّكُه بلا حِيلَةٍ . قدَّمه الحارِثِىُّ ، وتابَعه فى « الفُروعِ » . ونقَل ابنُ هانِئٍ ، لايُعْجِبُنِى أنْ يأْكُلَ منه شيئًا .

قوله : فإنْ ماتَ قبلَ ذلك ، ثبَت للمُعْطَى . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم الخَلَّالُ ، وصاحِبُه أبو بَكْرٍ ، والخِرَقِىُّ ، والقاضِى ، وأصحابُه ، ومَن بعدَهم . قالَه الحارِثِىُّ . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . قال فى « الرِّعايتَيْن » :

(١) فى ط : « وهى » .

الشرح الكبير

وصاحِبُه أبو بكرٍ . وبه قال مالِكٌ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، وأُكْثَرُ أهلِ العلمِ . وهو الذى ذَكَرَه الخِرَقِىُّ . وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ لباقى الوَرَثَةِ أن يَرْتَجِعُوا ما وَهَبَه . اخْتارَه أبو عبدِ اللهِ ابنُ بَطَّةَ وأبو حَفْصٍ العُكْبَرِيّانِ . وهو قولُ عُرْوَةَ بنِ الزُّبَيْرِ ، وإسحاقَ . قال أحمدُ : عُرْوَةُ قد رَوَى الأحاديثَ الثلاثَةَ ؛ حديثَ عائشةَ ، وحديثَ عُمَرَ ، وحديثَ عُثْمانَ[1] ، وتَرَكَها وذَهَبَ إلى حديثِ النبىِّ ﷺ ، يُرَدُّ فى حَياةِ الرجلِ وبعدَ مَوْتِه[2] . وهو قولُ إسحاقَ ، إلَّا أنَّه قال : إذا ماتَ الرجلُ فهو مِيراثٌ بينَهم ، لا يَسَعُ أن يَنْتَفِعَ أحَدٌ بما أُعْطِىَ دُونَ إخْوَتِه وأخَواتِه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ سَمَّى ذلك جَوْرًا بقَوْلِه لبَشِيرٍ : « لا تُشْهِدْنِى عَلَى جَوْرٍ » . والجَوْرُ لا يَحِلُّ للفاعِلِ فِعْلُه ، ولا للمُعْطَى تَناوُلُه ، والمَوْتُ لا يُغَيِّرُه عن

الإنصاف

لم يرْجِعِ الباقُون على الأصحِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يثْبُتُ ، وللباقِين الرُّجوعُ . اخْتارَه أبو عَبْدِ اللهِ ابنُ بَطَّةَ ، وصاحِبُه أبو حَفْصٍ[3] العُكْبَرِيَّان ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ،

---

(١) يأتى تخريج حديث عائشة فى صفحة ٨٧ ، وحديث عمر تقدم فى صفحة ٧ ، وحديث عثمان فى صفحة ٣٥ .

(٢) أى إلى أن معنى حديث النبى ﷺ يرد فى حياة الرجل وبعد موته .

(٣) فى ا : « جعفر » .

الشرح الكبير

كونه جَوْرًا حَرامًا ، فيَجِبُ رَدُّه ، ولأنَّ أبا بكرٍ وعُمَرَ أمَرَا قَيْسَ بنَ سَعْدٍ بِرَدِّ قِسْمَةِ أبيه حينَ وُلِد له وَلَدٌ لم يكنْ عَلِمَ به ولا أعْطاه شيئًا ، وكان ذلك بعدَ مَوْتِ سَعْدٍ ، فرَوَى سعيدٌ[1] بإسْنادِه مِن طَرِيقَيْن ، أنَّ سعدَ بنَ عُبادَةَ قَسَمَ مالَه بينَ أوْلادِه وخَرَج إلى الشّامِ ، فمات بها ، ثم وُلِدَ له بعدَ ذلك وَلَدٌ ، فمَشَى أبو بكرٍ وعُمَرُ ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، إلى قَيْسِ بنِ سعدٍ فقالا : إنَّ سعدًا قَسَمَ مالَه ، ولم يَدْرِ ما يكونُ ، وإنّا نَرَى أن تَرُدَّ هذه القِسْمَةَ . فقال : لم أكُنْ لأُغَيِّرَ شيئًا صَنَعَه سعدٌ ، ولكنْ نَصِيبِى له . [٥/٢٤٦و] وهذا مَعْنَى الخَبَرِ . وَوَجْهُ الرِّوايةِ الأُولَى قولُ أبى بكرٍ لعائشةَ ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، لمّا نَحَلَها نَخْلًا[2] : وَدِدْتُ لو[3] أنَّكِ كُنْتِ حُزْتِيه[4] . فيَدُلُّ على أنَّها لو كانت حازَتْه لم يكُنْ لهم الرُّجُوعُ . وقال عُمَرُ : لا نِحْلَةَ إلَّا نِحْلَةٌ يَحُوزُها الوَلَدُ دُونَ الوالِدِ . ولأنَّها عَطِيَّةٌ لوَلَدِه ، فلَزِمَتْ بالمَوْتِ ، كما لو انْفَرَدَ ، ولأنَّه حَقٌّ للأبِ يتعَلَّقُ بمالِ الوَلَدِ ، فسَقَطَ بمَوْتِه ، كالأخْذِ مِن مالِه .

الإنصاف

وغيرِهم . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وأمَّا الوَلَدُ المُفَضَّلُ ، فيَنْبَغِى له الرَّدُّ بعدَ الموتِ ، قوْلًا واحدًا . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : يُسْتَحَبُّ للمُعْطَى أنْ يُساوِيَ أخاه فى عَطِيَّتِه . وحُكِيَ عن أحمدَ بُطْلانُ العَطِيَّةِ . واخْتارَه الحارِثِىُّ ، وذكَر أنَّ بعضَهم نَقَلَه عن أحمدَ . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ فى الصِّحَّةِ رِوايتَيْن .

---

(١) فى : باب من قطع ميراثا فرضه الله . السنن ١/٩٧ .

(٢) فى م : « نحلا » .

(٣) سقط من : م .

(٤) تقدم تخريجه فى ١٦/٤٨٥ .

الشرح الكبير

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بينَ سائرِ أقارِبه ، ولا إعْطاؤُهم على قَدْرِ[1] مِيراثِهم ، سَواءٌ كانُوا مِن جِهَةٍ واحِدَةٍ ، كإخْوَةٍ وأَخَواتٍ ، وبَنِى عَمٍّ ، أو مِن جِهاتٍ ، كَبناتٍ وأخَواتٍ وغيرِهم . وقال أبو الخَطّاب : المَشْرُوعُ فى عَطِيَّةِ سائرِ الأقارِبِ أن يُعْطِيَهم على قَدْرِ مِيراثِهم ، كالأوْلادِ فإن خالَفَ ، فعليه أن يَرْجِعَ أو يَعُمَّهم بالنِّحْلَةِ ؛ لأنَّهم فى مَعْنَى الأوْلادِ ، فثَبَتَ فيهم حُكْمُهم . ولَنا ، أنَّها عَطِيَّةٌ لغيرِ الأوْلادِ فى صِحَّتِه ، فلم تَجِبْ عليه التَّسْوِيَةُ ، كما لو كانُوا غيرَ وارِثِينَ ، ولأنَّ الأصْلَ إباحَةُ الإنْسانِ التَّصرُّفَ فى مالِه كيف شاء ، وإنَّما وَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ بينَ الأوْلادِ للخَبَرِ ، وليس غيرُهم فى مَعْناهم ؛ لأنَّهم اسْتَوَوْا فى وُجُوبِ[2] بِرِّ والِدِهم ، فاسْتَوَوْا فى عَطِيَّتِه ، وبهذا عَلَّلَ النبىُّ ﷺ حينَ قال لِبَشِيرٍ : « أَيَسُرُّكَ أن

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، قال فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : حُكْمُ ما إذا وُلِدَ له وَلَدٌ بعدَ موْتِه ، حُكْمُ مَوْتِه قبلَ التَّعْديلِ المذْكُورِ بالإعْطاءِ أو الرُّجوعِ . واخْتارَ الحارِثِىُّ هنا عدَمَ الوُجوبِ[3] ، وقال : إنْ حدَث بعدَ الموتِ ، فلا رُجوعَ للحادِثِ على إخْوَتِه . وقالَه الأصحابُ أيضًا . وفى « المُغْنِى »[4] تُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بينَهم وبينَه . الثَّانيةُ ، محَلُّ ما تقدَّم ، إذا فعَلَه فى غيرِ مرَضِ المَوْتِ ، فأمَّا إنْ فعَلَه فى مرَضِ الموتِ ، فإنَّهم يرْجِعُون . قال فى « الرِّعايَةِ » : فإنْ فعَل ذلك فى مَرَضِ

---

(١) فى م : « قد » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى ط : « الرجوع » .

(٤) انظر : المغنى ٨/٢٧٢ .

الشرح الكبير

يَسْتَوُوا فى بِرِّكَ ؟ » . قال : نعم . قال : « فَسَوِّ بَيْنَهُمْ » . و لم يُوجَدْ هذا فى غيرِهم . ولأنَّ للوالِدِ الرُّجُوعَ فيما أعْطَى وَلَدَه ، فيُمْكِنُه أن يُسَوِّىَ بينَهم فى الرُّجُوعِ بما أعْطاه لبعضِهم ، ولا يُمْكِنُ ذلك فى غيرِهم ، ولأنَّ الأولادَ لشِدَّةِ مَحَبَّةِ الوالِدِ لهم ، وصَرْفِه مالَه إليهم عادَةً ، يَتَنافَسُون فى ذلك ، ويَشْتَدُّ عليهم تَفْضِيلُ بعضِهم ، ولا يُساوِيهم فى ذلك غيرُهم ، فلا يَصِحُّ قِياسُه عليهم ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ قد عَلِمَ أنَّ لِبَشِيرٍ زَوْجَةً ، و لم يَأْمُرْه بإعْطائِها شيئًا حينَ أمَرَه بالتَّسْوِيَةِ بينَ أوْلادِه ، و لم يَسْأَلْه هل لك وارِثٌ غيرُ وَلَدِكَ .

الإنصاف

موْتِه [٢/٢٥٨ظ] ، فلهم الرُّجوعُ فيه . الثَّالِثَةُ ، لا تجوزُ الشَّهادَةُ على التَّخْصِيصِ ، (١)لا تحَمُّلًا ولا أداءً(١) . قالَه فى « الفائقِ » وغيرِه . قال الحارِثِىُّ : قالَه الأصحابُ ، ونصَّ عليه . قال فى « الرِّعايَةِ » : إنْ عَلِمَ الشُّهودُ جَوْرَه وكَذِبَه ، لم يتحَمَّلُوا الشَّهادَةَ ، وإنْ تحَمَّلُوها ثم عَلِمُوا ، لم يُؤَدُّوها فى حَياتِه ، ولا بعدَ مَوْتِه ، ولا إثْمَ عليهم بعدَمِ (٢) الأداءِ ، وكذا إنْ جَهِلُوا أنَّ له وَلَدًا آخرَ ، ثم عَلِمُوه . قلتُ : بلَى ، إنْ قُلْنا : قد ثبَت المَوْهوبُ لمَن وهَبَ له ، وإلَّا فلا . انتهى . قال الحارِثِىُّ : والعِلْمُ بالتَّفْضِيلِ أو التَّخْصِيصِ يَمْنَعُ تحَمُّلَ الشَّهادَةِ وأداءَها مُطْلَقًا . حكاه الأصحابُ ، ونصَّ عليه . الرَّابعَةُ ، لا يُكْرَهُ للحَىِّ قَسْمُ مالِه بينَ أوْلادِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : نقَلَه الأكثرُ . وعنه ، يُكْرَهُ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ويُكْرَهُ أنْ يقْسِمَ أحَدٌ مالَه فى حياتِه بينَ ورَثَتِه ، إذا أمْكَنَ أنْ يُولَدَ له . وقطَع به . وأطْلَقَهما الحارِثِىُّ . ونقَل ابنُ الحَكَمِ ، لا يُعْجِبُنِى ،

(١ - ١) فى الأصل ، ط : « تحملًا وآداءً » .
(٢) فى الأصل ، ط : « بعد » .

الشرح الكبير

فصل : فإن أعْطَى أحَدَ ابْنَيْه فى صِحَّتِه (1)ثم أعْطَى الآخَرَ(1) فى مَرَضِه ، فقد تَوَقَّفَ أحمدُ فيه ، فإنَّه سُئِل عمَّن زَوَّجَ ابْنَه ، فأعْطَى عنه الصَّداقَ ، ثم مَرِض الأبُ وله ابنٌ آخَرُ ، هل يُعْطِيه فى مَرَضِه كما أعْطَى الآخَرَ فى صِحَّتِه ؟ فقال : لو كان أعْطاه فى صِحَّتِه . فيَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ عَطِيَّتَه فى مَرَضِه كوَصِيَّتِه له ، [٥/٢٤٦ظ] ولو وَصَّى له لم يَصِحَّ ، فكذلك إذا أعْطاه . والثانى ، يَصِحُّ . وهو الصَّحِيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى ؛ لأنَّ التَّسْوِيَةَ بينَهما واجِبَةٌ ، ولا طَرِيقَ لها فى هذا المَوْضِعِ إلَّا بِعَطِيَّةِ الآخَرِ ، فتكونُ واجِبَةً ، فتَصِحُّ ، كقَضاءِ دَيْنِه .

فصل : قال أحمدُ : أحَبُّ إلَىَّ أن لا يَقْسِمَ مالَه ، ويَدَعَه على فَرائِضِ اللهِ تعالى ، لَعَلَّه أن يُولَدَ له ، فإن أعْطَى وَلَدَه مالَه ثم وُلِد له وَلَدٌ ، فأعْجَبُ إلَىَّ أن يَرْجِعَ فيُسَوِّىَ بينَهم . يَعْنِى يَرْجِعُ فى الجَمِيعِ ، أو يَرْجِعُ فى بعضِ ما أعْطَى كلَّ واحِدٍ منهم ليَدْفَعَه إلى هذا الوَلَدِ الحادِثِ ، ليُساوِىَ إخْوَتَه . فإن أعْطَى وَلَدَه ، ثم مات ، ثم وُلِد له وَلَدٌ ، اسْتُحِبَّ للمُعْطَى أن يُساوِىَ المَوْلُودَ الحادِثَ بعدَ أبيه .

الإنصاف

فلو حدَثَ له وَلَدٌ ، سَوَّى بينَهم ندْبًا . قال فى « الفُروعِ » : قدَّمه بعضُهم . وقيل : وُجوبًا . قال الإمامُ أحمدُ : أعْجَبُ إلَىَّ أنْ يُسَوِّىَ بينَهم . واقْتَصرَ على كلامِ الإمامِ أحمدَ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قلتُ : يتَعَيَّنُ عليه أنْ يُسَوِّىَ بينَهم .

(1 – 1) فى م : « والآخر » .

المقنع

وَإِنْ سَوَّى بَيْنَهُمْ فِى الْوَقْفِ ، أَوْ وَقَفَ ثُلُثَهُ فِى مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِهِمْ ، جَازَ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، أَنْ لَا يَجُوزَ .

الشرح الكبير

٢٦١٨ - مسألة[1] : (فإن سَوَّى بينَهم فى الوَقْفِ ، أو وَقَفَ ثُلُثَه فى مَرَضِه على بعضِهم ، جاز . نَصَّ عليه . وقِياسُ المَذْهَبِ ، أن لا يَجُوزَ) إذا سَوَّى بينَ أوْلادِه فى الوَقْفِ ، الذَّكَرِ والأُنْثَى ، جاز . ذَكَرَه القاضى ، وقال : هو المُسْتَحَبُّ ؛ لأنَّ القَصْدَ القُرْبَةُ على وَجْهِ الدَّوام ، وقد اسْتَوَوْا فى القَرابَةِ . وقال شيخُنا[2] : المُسْتَحَبُّ أن يَقْسِمَ الوَقْفَ على أوْلادِه كقِسْمَةِ المِيراثِ ، للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْن ، كما قَسَمَ اللهُ تعالى بينَهم المِيراثَ ؛ لأنَّه إيصالٌ للمالِ إليهم ، فيَنْبَغِى أن يكونَ بينَهم على حَسَبِ المِيراثِ ، كالوَصِيَّةِ ، ولأنَّ الذَّكَرَ فى مَظِنَّةِ الحاجَةِ أكْثَرَ مِن الأُنْثَى ؛ لأنَّ الذَّكَرَ تَجِبُ عليه نَفَقَةُ زَوْجَتِه وأوْلادِه ، والمرأةُ يُنْفِقُ عليها زَوْجُها ، ولا تَلْزَمُها نَفَقَةُ وَلَدِها إذا كان لهم أبٌ ، وقد فَضَّلَ اللهُ سبحانه الذَّكَرَ على الأُنْثَى

الإنصاف

قوله : وإنْ سَوَّى بينهم فى الوَقْفِ ، أو وقَفَ ثُلُثَه فى مَرَضِه على بعضِهم ، جازَ ، نَصَّ عليه . ذكَر المُصَنِّفُ هنا مَسْأَلَتَيْن ؛ إحْداهما ، إذا سَوَّى بينَهم فى الوَقْفِ ، جازَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و« المُذْهَبِ » ، و« المُسْتَوْعِبِ » ،

---

(١) فى حاشية الأصل : « قال الشيخ رحمه الله : هذه المسألة مذكورة فى الوقف فلا حاجة إلى إعادتها » . وانظر ما تقدم فى ٤٨٤/١٦ ، من كتاب الوقف .

(٢) فى : المغنى ٢٠٦/٨ .

الشرح الكبير

فى المِيراثِ على وَفْقِ هذا المَعْنَى ، فيَصِحُّ تَعْلِيلُه به ، فيَنْبَغِى أن يتَعدَّى إلى الوَقْفِ . وما ذكَرَه القاضى لا أصْلَ له ، وهو مُلْغًى بالمِيراثِ . فإن خالَفَ فسَوَّى بينَ الذَّكَرِ والأُنْثَى ، أو فَضَّلَها عليه ، أو فَضَّلَ بعضَ البَنِينَ على بعضٍ فى الوَقْفِ ، أو بعضَ البَناتِ ، أو خَصَّ بعضَهم بالوَقْفِ ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى رِوايَةِ محمدِ بنِ الحَكَمِ : إن كان على طَرِيقِ الأَثَرَةِ ، فأكْرَهُه ، وإن كان على أنَّ بعضَهم له عِيالٌ أو به حاجَةٌ ، فلا بَأْسَ به . وذلك لأنَّ الزُّبَيْرَ خَصَّ المَرْدُودَةَ مِن بَناتِه دُونَ المُسْتَغْنِيَةِ مِنْهُنَّ بصَدَقَتِه . [(1)]وقد ذَكَرْنا ذلك فى الوَقْفِ[(1)] .

الإنصاف

و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « الخُلاصَةِ » وغيرِه . قال الحارِثِىُّ : المذهبُ الجوازُ . قال القاضى : لا بأْسَ به . نقَل ابنُ الحَكَمِ ، لا بأْسَ . قيلَ : فإنْ فضَل ؟ قال : لا يُعْجِبُنِى على وَجْهِ الأَثَرَةِ ، إلَّا لعِيالٍ بقَدْرِهم . وقِياسُ المذهبِ ، لا يجوزُ . وهو احْتِمالٌ فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » ، والمُصَنِّفُ ، والحارِثِىُّ . وقيل : إنْ قُلْنا : إنَّه مِلْكٌ مَن وُقِفَ عليه . بطَل ، وإلَّا صحَّ . فعلى المذهبِ ، يُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وقال : هذا المذهبُ . وقيل : المُسْتَحَبُّ القِسْمَةُ على حسَبِ المِيراثِ ، كالعَطِيَّةِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وقالا : ماقالَه القاضى لا أصْلَ له ، وهو مُلْغًى بالمِيراثِ والعَطِيَّةِ . المَسْأَلَةُ الثَّانيةُ ،

(1 - 1) زيادة من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وأمّا إذا وَقَف ثُلُثَه فى مَرَضِه على بعض وَرَثَتِه ، فقد اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ فى ذلك [٢٤٧/٥و] فرُوِىَ عنه عَدَمُ الجَوازِ ، فإن فَعَل ، وَقَف على إجازَةِ الوَرَثَةِ ؛ فإنَّه قال ، فى رِوايَةِ إسحاقَ بن إبراهيمَ ، فى مَن وَصَّى لأولادِ بِنْتِه بأرْضٍ تُوقَفُ عليهم ، فقال : إن لم يَرِثُوه فجائِزٌ . فظاهِرُ هذا أنَّه لا يَجُوزُ الوَقْفُ عليهم فى المَرَضِ . اخْتارَه أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ ، وابنُ عَقِيلٍ . وإليه ذَهَب الشافعىُّ . والثانيةُ ، يَجُوزُ أن يَقِفَ عليهم ثُلُثَه ، كالأجانِبِ ؛ فإنَّه قال ، فى رِوايَةِ جَماعَةٍ منهم المَيْمُونِىُّ : يَجُوزُ للرجلِ أن يَقِفَ فى مَرَضِه على وَرَثَتِه . فقِيلَ له : أليس تَذْهَبُ إلى أنَّه لا وَصِيَّةَ لوَارِثٍ ؟ فقال : نعم ، والوَقْفُ غيرُ الوَصِيَّةِ ، ولأنَّه لا يُباعُ ولا يُورَثُ ، ولا يَصِيرُ مِلْكًا للوَرَثَةِ ، بل يَنْتَفِعُون بغَلَّتِها . وقال ، فى رِوايَةِ أحمدَ بن الحسنِ : إنَّه صَرَّحَ فى مَسْألَتِه بوَقْفِ ثُلُثِه على بعضِ وَرَثَتِه دُونَ بعضٍ ،

الإنصاف

إذا وقَف ثُلُثَه فى مَرَضِه على بعضِهم ، وكذا لو أوْصَى بوَقْفِ ثُلُثِه على بعضِهم ، جازَ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . قال فى « الفُروعِ » : هذه الرِّوايَةُ أشْهَرُ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو أشْهَرُ الرِّوايتَيْن ، وأنَصُّهما ، واخْتِيارُ القاضى فى « التَّعْليقِ » وغيرِه ، وأكثرِ الأصحابِ . انتهى . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « ناظِمِ المُفْرَداتِ » وهو منها . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « المُحَرَّرِ » . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . قال المُصَنِّفُ هنا : وقِياسُ المذهبِ ، أنَّه لايجوزُ . فاخْتارَ عدَمَ الجَوازِ ، واخْتارَه أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ . قاله القاضى ، فيما وجَدْتُه مُعَلَّقًا عنه . نقَلَه الزَّرْكَشِىُّ ، واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ أيضًا . قال فى « الفُروعِ » : فعنه ،

الشرح الكبير

فقال : جائزٌ . قال الخَبْرِىُّ[1] : وأجاز هذا الأكْثَرُون . واحْتَجَّ أحمدُ بحديثِ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : هذا ما أوْصَى به عبدُ اللهِ عُمَرُ أمِيرُ المُؤْمِنِين إن حَدَث به حَدَثٌ ، أنَّ ثَمْغًا صَدَقَةٌ ، والعَبْدَ الذى فيه ، والسَّهْمَ الذى بخَيْبَرَ ، ورَقِيقَه الذى فيه ، والمائةَ وَسْقٍ التى أطْعَمَنِى محمدٌ ﷺ ، تَلِيه حَفْصَةُ ما عاشَتْ ثم يَلِيه ذو[2] الرَّأْىِ مِن أهْلِه ، لا يُباعُ وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفِقُه حيث يَرَى ؛ مِن السّائِلِ ، والمَحْرُومِ ، وذوى القُرْبَى ، ولا حَرَجَ على مَن وَلِيَه إن أكَلَ أو اشْتَرَى رَقِيقًا . رَواه أبو داودَ[3] بنَحْوٍ مِن هذا . فالحُجَّةُ فيه أنَّه جَعَل حَفْصَةَ تَلِى وَقْفَه ، وتأْكُلُ منه ، وتَشْتَرِى رَقِيقًا . قال المَيْمُونِىُّ : قُلْتُ لأحمدَ : إنَّما أمَرَ النبىُّ ﷺ عُمَرَ بالإِيقافِ ، وليس فى الحديثِ « الوارِثُ » . قال : فإذا كان النبىُّ ﷺ أمَرَه وهو ذا قد وَقَفَها على وَرَثَتِه وحَبَّسَ الأصْلَ عليهم جَمِيعًا . ولأنَّ الوَقْفَ ليس فى مَعْنَى المالِ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيه ، فهو كعِتْقِ الوارِثِ . ولَنا ، أنَّه

الإنصاف

كهِبَةٍ ، فيَصِحُّ بالإجازَةِ . وعنه ، لا يَصِحُّ بالإجازَةِ ، إنْ قُلْنا : إنَّ الإجازَةَ ابْتِداءُ هِبَةٍ . انتهى . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : إنْ وقَف الثُّلُثَ فى مرَضِه على وارِثٍ ، أو أوْصَى أنْ يُوقَفَ عليه ، صحَّ ، ولَزِمَ . نصَّ عليه . وعنه ، لا يَصِحُّ . وعنه ، إنْ أُجِيزَ ، صحَّ ، وإلَّا بطَل ، كالزَّائدِ على الثُّلُثِ . ثم قال : قلتُ : إنْ قُلْنا : هو

---

(١) أبو حكيم عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الخبرى ، فقيه شافعى ، يعرف العربية ، ويكتب الخط الحسن ، ويضبط الضبط الحسن ، توفى سنة ست وسبعين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٥/٦٢ ، ٦٣ .

(٢) فى الأصل : « ذوو » .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٦/٤٠٠ .

الشرح الكبير

تَخْصِيصٌ لبعضِ الوَرَثَةِ بمالِه فى مَرَضِه ، فمُنِعَ منه ، كالهِباتِ ، ولأنَّ كلَّ مَن لا تَجُوزُ له الوَصِيَّةُ بالعَيْنِ ، لا تجوزُ له بالمَنْفَعَةِ ، كالأجْنَبِىِّ فيما زاد على الثُّلُثِ . وأمّا خَبَرُ عُمَرَ فإنَّه لم يَخُصَّ بعضَ الوَرَثَةِ بوَقْفِه ، والنِّزاعُ إنَّما هو فى تَخْصِيصِ بعضِهم . وأمّا جَعْلُ الوِلايَةِ إلى حَفْصَةَ ، فليس ذلك وَقْفًا عليها ، فلا يكونُ ذلك وارِدًا فى مَحَلِّ النِّزاعِ ، وكونُه انْتِفاعًا بالغَلَّةِ لا يَقْتَضِى جَوازَ التَّخْصِيصِ ، بدَلِيلِ ما لو وَصَّى لوارِثِه [٥/٢٤٧ظ] بمَنْفَعَةِ عَبْدٍ ، لم يَجُزْ . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ كَلامُ أحمدَ ، فى رِوايَةِ الجَماعَةِ ، على أنَّه وَقْفٌ على جَمِيعِ الوَرَثَةِ ؛ ليكونَ على وَفْقِ حديثِ عُمَرَ ، وعلى وَفْقِ الدَّلِيلِ الذى ذَكَرْناه . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

للهِ . صحَّ ، وإلَّا فلا . وقيل : يجوزُ لدَيْنٍ ، أو عِلْمٍ ، أو حاجَةٍ . انتهى . فعلى المذهبِ ، لو سَوَّى بينَ ابْنِه وابْنَتِه فى دارٍ لا يَمْلِكُ غيرَها ، فرَدًّا ، فثُلُثُها بينَهما وَقْفٌ بالسَّوِيَّةِ ، وثُلُثاها مِيراثٌ . وإنْ رَدَّ ابْنُه وحدَه ، فله ثُلُثا الثُّلُثَيْن إرْثًا ، ولبِنْتِه ثُلُثُهما(١) وَقْفًا . وإنْ ردَّتْ ابْنَتُه وحدَها ، فلها ثُلُثُ الثُّلُثَيْن إرْثًا ، ولابْنِه نِصْفُهما وَقْفًا ، وسُدْسُهما إرْثًا ؛ لرَدِّ المَوْقوفِ عليه . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » . قال فى « الرِّعايَةِ » : وكذا له ، إنْ رَدَّ هو الوَقْفَ ، إلى قَدْرِ الثُّلُثِ ، وللبِنْتِ ثُلُثُهما وَقْفًا . وقيل : لها رُبْعُهما وَقْفًا ، ونِصْفُ سُدْسِهما إرْثًا . (٢وهو لأَبِى الخَطَّابِ . قال فى « المُحَرَّرِ » : وهو سَهْوٌ . ورَدَّه شارِحُه . وهو كما قال٢) . وقيل : نِصْفُ الدَّارِ وَقْفٌ عليه ، ورُبْعُها وَقْفٌ عليها ، والباقى إرْثٌ لهما

---

(١) فى الأصل : « ثلثها » .

(٢ - ٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

فصل : فإن وَقَف دارَه وهى تَخْرُجُ مِن ثُلُثِه بينَ ابْنِه وبِنْتِه نِصْفَيْن فى مَرَضِ مَوْتِه ، صَحَّ على رِوايَةِ الجَماعَةِ ، ولَزِم ؛ لأنَّه لَمّا كان يَجُوزُ تَخْصِيصُ البِنْتِ بوَقْفِ الدّارِ كُلِّها، فنِصْفُها أوْلَى. وعلى الرِّوايَةِ التى نَصَرْناها، إن أجازَه الابنُ، جاز، وإن رَدَّه، بَطَل الوَقْفُ فيما زاد على نَصِيبِ الابنِ ، وهو السُّدْسُ ، ويَرْجِعُ إلى الابْنِ مِلْكًا ، فيكونُ له النِّصْفُ وَقْفًا ، والسُّدْسُ مِلْكًا طَلْقًا ، والثُّلُثُ جَمِيعُه للبِنْتِ وَقْفًا . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ الوَقْفُ فى نِصْفِ ما وَقَف على البِنْتِ ، وهو الرُّبْعُ ، ويَبْقَى ثلاثةُ أرْباعِ الدّارِ وَقْفًا ، نِصْفُها للابنِ ، ورُبْعُها للبِنْتِ ، والرُّبْعُ الذى بَطَل الوَقْفُ فيه بينَهما أثلاثًا . وتَصِحُّ المسألَةُ مِن اثْنَىْ عَشَرَ ؛ للابنِ سِتَّةُ أسْهُمٍ وَقْفًا وسَهْمان مِلْكًا ، وللبِنْتِ ثلاثَةُ أسْهُمٍ وَقْفًا وسَهْمٌ مِلْكًا . ولو وَقَفَها على ابنِه وزَوْجَتِه نِصْفَيْن ، وهى تَخْرُجُ مِن ثُلُثِه ، فرَدَّ الابنُ ، صَحَّ الوَقْفُ على الابنِ فى نِصْفِها ، وعلى المرأةِ فى ثُمْنِها . وللابنِ إبْطالُ الوَقْفِ فى ثلاثَةِ أثْمانِها ، وتَرْجِعُ إليه مِلْكًا على الوَجْهِ الأوَّلِ ، وعلى الوَجْهِ الثانى ، يَصِحُّ

الإنصاف

أثلاثًا . انتهى . وعلى الثّانيةِ ، عَمَلُك فى الدَّارِ ، كثُلُثَيْها على الثَّالِثَةِ .

فائدة : لو وقَف على أجْنَبِىٍّ زائدًا على الثُّلُثِ ، لم يصِحَّ وَقْفُ الزَّائدِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به المُصَنِّفُ وغيرُه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : وأطْلَق بعضُهم وَجْهَيْن . قلتُ : قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وإنْ وقَف ثُلُثَه على أجْنَبِىٍّ ، صحَّ ، وفيما زادَ وَجْهان .

الشرح الكبير

الوَقْفُ (١على الابنِ فى نِصْفِها ، وهو أَرْبَعَةُ أَسْباعِ نَصِيبِه ، ويَرْجِعُ إليه باقِى نَصِيبِه مِلْكًا ، ويَصِحُّ الوَقْفُ١) فى أَرْبَعةِ أَسْباعِ الثُّمْنِ الذى للمرأةِ ، وباقِيه يكونُ لها مِلْكًا ، فاضْرِبْ سَبْعَةً فى ثمانيةٍ تكُنْ سِتَّةً وخَمْسِين ، للابنِ ثمانيةٌ وعِشْرُون وَقْفًا ، وأحَدٌ وعِشْرُون مِلْكًا ، وللمرأةِ أَرْبَعةُ أَسْهُمٍ وَقْفًا ، وثلاثةٌ مِلْكًا . وهكذا ذَكَر أصحابُ الشافعىِّ . فأمّا إن كانتِ الدّارُ جَمِيعَ مِلْكِه فوقفَها كلَّها ، فعَلى ما اخْتَرْناه ، الحُكْمُ فيها كما لو كانت تَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، فإنَّ الوارِثَ فى جَمِيعِ المالِ كالأجْنَبِىِّ فى الزّائِدِ عن الثُّلُثِ . وأمّا على ما رَواه الجَماعَةُ ، فإنَّ الوَقْفَ يَلْزَمُ فى الثُّلُثِ مِن غيرِ اخْتِيارِ الوَرَثَةِ ، وما زاد فلهما إبْطالُ الوَقْفِ فيه ، وللابنِ إبْطالُ التَّسْوِيَةِ ، فإنِ اخْتارَ إبْطالَ التَّسْوِيَةِ دُونَ إبْطالِ الوَقْفِ ، خُرِّجَ فيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، أنَّه يَبْطُلُ الوَقْفُ فى التُّسْعِ ، ويَرْجِعُ إليه مِلْكًا ، فيَصِيرُ له النِّصْفُ وَقْفًا ، والتُّسْعُ مِلْكًا ، وللبِنْتِ الثُّلُثُ وَقْفًا ، ونِصْفُ التُّسْعِ مِلْكًا ؛ لِئَلَّا تَزْدادَ البِنْتُ على الابنِ فى الوَقْفِ . وتَصِحُّ المَسْأَلَةُ فى هذا الوَجْهِ مِن ثمانيةَ عَشَرَ ؛ للابنِ تِسْعَةٌ وَقْفًا ، وسَهْمان مِلْكًا ، وللبِنْتِ سِتَّةٌ وَقْفًا ، وسَهْمٌ مِلْكًا . وقال أبو الخَطَّابِ : له إبْطالُ الوَقْفِ فى الرُّبْعِ كلِّه ، ويَصِيرُ له (١النِّصْفُ وَقْفًا ، والسُّدْسُ مِلْكًا ، ويكونُ للبِنْتِ الرُّبْعُ وَقْفًا ، ونِصْفُ السُّدْسِ مِلْكًا ، كما لو كانتِ١) الدّارُ تَخْرُجُ مِن [٥/٢٤٨و] الثُّلُثِ ، وتَصِحُّ مِن اثْنَىْ عَشَرَ .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الْأَبَ . وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ . وَعَنْهُ ، لَهُ الرُّجُوعُ إِلَّا أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهَا حَقٌّ أَوْ رَغْبَةٌ ، نَحْوَ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْوَلَدُ أَوْ يُفْلِسَ .

الشرح الكبير

٢٦١٩ – مسألة : (ولا يجوزُ لواهِبٍ أن يَرْجِعَ فى هِبَتِه إلَّا الأبَ . وعنه ، ليس له الرُّجوعُ . وعنه ، له الرُّجوعُ إلَّا أن يَتَعَلَّقَ به حقٌّ أو رغبةٌ ، نحوَ أن يَتزَوَّجَ الولدُ أو يُفْلِسَ) لا يَخْتَلِفُ المَذْهَبُ أنَّ غيرَ الأَبِ والأُمِّ لا يجوزُ له الرُّجُوعُ فى الهِبَةِ والهَدِيَّةِ . وبه قال الشافعىُّ . وقال النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : مَن وَهَب لغيرِ ذى رَحِمٍ ، فله الرُّجُوعُ ما لم يُثَبْ عليها ، ومَن وَهَب لذى رَحِمٍ ، فليس له الرُّجُوعُ . ورُوِىَ ذلك عن عُمَرَ بنِ الخَطّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه . لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الرَّجُلُ أحَقُّ بهِبَتِه مَا لَمْ يُثَبْ مِنها » . رَواه

الإنصاف

قوله : ولا يجوزُ لواهِبٍ أنْ يرْجِعَ فى هِبَتِه إلَّا الأبَ . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وصحَّحه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهورُ . وعنه ، ليس له الرُّجوعُ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وعنه ، له الرُّجوعُ ، إلَّا أنْ يتعلَّقَ به حقٌّ ، أو رَغْبَةٌ ؛ نحوَ أنْ يتزَوَّجَ الوَلَدُ أو يُفْلِسَ . وكذا لو فعَل الوَلَدُ ما يَمْنَعُ التَّصرُّفَ مُؤَبَّدًا أو مُؤَقَّتًا . وجزَم [٢/٢٥٩و] بهذه الرِّوايَةِ فى « الوَجيزِ » . واخْتارَه الشَّارِحُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وابنُ عَقِيلٍ ، ذكَرَه الحارِثِىُّ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وقال : يرْجِعُ فيما زادَ على قَدْرِ الدَّيْنِ ، أو الرَّغْبَةِ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » . وأطْلَقَ الأُولَى والثَّالِثَةَ فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » . وقيل : إنْ وهَب ولَدَيْه شيئًا ،

الشرح الكبير

ابنُ ماجه[1] . ولقولِ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : مَن وَهَب هِبَةً يَرَى أنَّه أراد بها صِلَةَ الرَّحِمِ ، أو على وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فإنَّه لا يَرْجِعُ فيها ، ومَن وَهَب هِبَةً أراد بها الثَّوابَ ، فهو على هِبَتِه يَرْجِعُ فيها ما لم يُرْضَ منها . رَواه مالِكٌ فى « المُوَطَّأ »[2] . ولأنَّه لم يَحْصُلْ عنها عِوَضٌ ، فجاز له الرُّجُوعُ فيها ، كالعارِيَّةِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « العَائِدُ فى هِبَتِه كَالْعَائِدِ فِى قَيْئِه » . وفى لَفْظٍ : « كالكَلْبِ يَعُودُ فى قَيْئِه » . وفى رِوايَةٍ : « لَيْسَ لَنا مَثَلُ السَّوْءِ ، العائِدُ فى هِبَتِه كالكَلْبِ يَعُودُ فى قَيْئِه » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . ورَوَى عَمْرُو بنُ

الإنصاف

فاشْتَرَى أحدُهما[4] مِنَ الآخَرِ نَصِيبَه ، ففى رُجوعِه فى الكُلِّ وَجْهان . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : ليس للأبِ الكافِرِ أنْ يرْجِعَ فى عَطِيَّتِه ، إذا كان وهَبَه فى حالِ الكُفْرِ ، وأسْلَم الوَلَدُ . فأمَّا إذا وهَبَه حالَ إسْلامِ الوَلَدِ ، فقِياسُ المذهبِ الجَوازُ ، ولا يُقَرُّ فى يَدِه . وفيه نظَرٌ . انتهى . [5]وقال أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ : تحْصيلُ المذهبِ ، أنَّه يرْجِعُ فيما وهَب لابنِه ، ولا يرْجِعُ فيما كان على وَجْهِ الصَّدقَةِ . واخْتارَه ابنُ أبى مُوسى . وقد صرَّح القاضى ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهما ، بأنَّه لافرْقَ بينَ الصَّدقَةِ وغيرِها ، وهو ظاهِرُ كلامِ جماعَةٍ . انتهى[5] .

تنبيه : قوْلُه : أوْ يُفلسَ . وكذا قال أبو الخَطَّابِ وغيرُه . قال الحارِثِىُّ : والصَّوابُ أنَّه مانِعٌ مِن غيرِ خِلافٍ ، كما فى الرَّهْنِ ونحوِه . وبه صرَّح فى « المُغْنِى » ،

---

(١) فى : باب من وهب هبة رجاء ثوابها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٧ .

(٣) انظر ما تقدم فى ٥٤٤/٦ ، وما تقدم فى صفحة ١٥ .

(٤) فى ط : « أحدهم » .

(٥ - ٥) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ نبيَّ اللهِ ﷺ قال : « لَا يَرْجِعُ واهِبٌ فِى هِبَتِه ، إلَّا الوَالِدَ مِنْ وَلَدِه »[1] . ولأنَّه واهِبٌ لا وِلايَةَ له فى المالِ ، فلم يَرْجِعْ فى هِبَتِه لذى الرَّحِمِ المَحْرَمِ . وأحادِيثُنا أصَحُّ مِن حَدِيثِهم وأوْلَى . وقولُ عُمَرَ قد رُوِىَ عن ابنِه وابنِ عباسٍ خِلافُه . وأمّا العارِيَّةُ فهى هِبَةُ المَنافِعِ ، ولم يَحْصُلِ القَبْضُ فيها . فإن قَبَضَها باسْتِيفائِها ، فنَظِيرُ مَسْألَتِنا ، ما اسْتَوْفَى مِن مَنافِعِ العارِيَّةِ فإنَّه لا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فيها . وقِياسُهم مَنْقُوضٌ بهِبَةِ الأجْنَبِىِّ ؛ فإنَّ فيها ثَوابًا ، وقد جَوَّزُوا فيها الرُّجُوعَ ، فحَصَلَ الاتِّفاقُ على أنَّ ما وَهَب الإنسانُ لذوى رَحِمِه المَحْرَمِ غيرِ الوَالِدَيْن لا رُجُوعَ فيه ، وكذلك ما وَهَب الزَّوْجُ امْرَأتَه . والخِلافُ فيما عَدا هذا . فعندَنا لا يَرْجِعُ إلَّا الوَالِدُ ، وعندَهم لا يَرْجِعُ إلَّا الأجْنَبِىُّ .

الإنصاف

وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، وغيرُهما . انتهى . وعن أحمدَ ، فى المَرْأةِ تهَبُ زوْجَها مَهْرَها ، إنْ كان سألَها ذلك ، ردَّه إليها ، رَضِيَتْ أو كَرِهَتْ ؛ لأنَّها لاتهَبُ له إلَّا مَخافَةَ غَضَبِه أو إضْرارِه بها ، بأنْ يتزَوَّجَ عليها . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ عَبْدِ اللهِ . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : وترْجِعُ المَرْأةُ فيما وهَبَتْ لزَوْجِها بمَسْألَتِه ، على الأصحِّ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ ، فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، فى « القاعِدَةِ الخَمْسِين بعدَ المِائَةِ » . فالمُصَنِّفُ قدَّم هنا عدَمَ رُجوعِها إذا سألَها ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، وكثيرٍ مِنَ الأصحابِ . وجزَم به فى «الكافِى» ، و«الجامِعِ الصَّغِيرِ» ، وابنُ أبِى مُوسى ،

---

(1) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٨٢ .

....

الشرح الكبير

فصل : فأمّا الأبُ ، فله الرُّجُوعُ فيما وَهَب لوَلَدِه ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ، سَواءٌ قَصَد برُجُوعِه التَّسْوِيَةَ بينَ أوْلادِه أو لا . وبه قال مالِكٌ ، والشافعىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخرَى : [٢٤٨/٥ظ] ليس له الرُّجُوعُ . وبها قال أصحابُ الرَّأْىِ ، والثَّوْرِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « العَائِدُ فى هِبَتِه كالعَائِدِ فى قَيْئِه » . مُتَّفَقٌ عليه . ولِما ذَكَرْنا مِن حديثِ عُمَرَ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ لبَشِيرِ[1] بن سعدٍ : « فَارْدُدْهُ » . ورُوِىَ : « فأَرْجِعْهُ » . رَواه كذلك[2] مالِكٌ عن

الإنصاف

وأبو الخَطَّابِ . واخْتارَه الحارِثِىُّ ، وهو اخْتِيارُ أبى بَكْرٍ وغيرِه . وقدَّمه فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « فُصولِ ابنِ عَقِيلٍ » . قلتُ : الصَّوابُ عدَمُ الرُّجوعِ ، إنْ لم يحْصُلْ لها منه ضرَرٌ ، مِن طَلاقٍ وغيرِه ، وإلَّا فلها الرُّجوعُ . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّها لا ترْجِعُ إذا وَهَبَتْه مِن غيرِ سُؤَالٍ منه . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ وغيرِه . واخْتارَه أبو بَكْرٍ وغيرُه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقالَه القاضى فى كِتابِ « الوَجْهَيْن » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهما . وقيل : لها الرُّجوعُ . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : إنْ

(١) فى م : « لقيس » .
وحديث بشير تقدم تخريجه فى صفحة ٦٥ .
(٢) بعده فى م : « عن » .

الشرح الكبير

الزُّهْرِىِّ ، عن حُمَيْدِ بنِ عبدِ الرحمنِ ، عن النُّعْمانِ . فأمَرَه بالرُّجُوعِ فى هِبَتِه ، وأقَلُّ أحْوالِ الأمْرِ الجَوازُ ، وقد امْتَثَلَ بَشِيرُ بنُ سعدٍ ذلك ، فرَجَعَ فى هِبَتِه لوَلَدِه ، ألا تَراه قال فى الحديثِ : فرَجَعَ أبى ، فرَدَّ تلك الصَّدَقَةَ . فإن قِيلَ : يُحْمَلُ الحديثُ على أنَّه لم يكنْ أعْطاه شيئًا . قُلْنا : هذا يُخالِفُ ظاهِرَ الحديثِ ؛ لقَوْلِه : تَصَدَّقَ أبى عَلَىَّ بصَدَقَةٍ . وقولُ بَشِيرٍ : إنِّى نَحَلْتُ ابْنِى غُلامًا . يَدُلُّ على أنَّه كان قد أعْطاهُ . وقولُ النبىِّ ﷺ : « فَارْدُدْهُ » . ورَوَى طاوُسٌ ، عن ابنِ عُمَرَ وابنِ عَبّاسٍ ، يَرْفَعان الحديثَ إلى النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَيْسَ لأحَدٍ أنْ يُعْطِىَ عَطِيَّةً فيَرْجِعَ فيها ، إلَّا الوَالِدَ فِيمَا

الإنصاف

وهَبَتْه لدَفْعِ ضرَرٍ فلم ينْدَفِعْ ، أو عِوَضٍ أو شَرْطٍ ، فلم يحْصُلْ ، رجَعَتْ ، وإلَّا فلا .

فوائد ؛ إحْداها ، ذكَر الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ وغيرُه أنَّه لو قال لها : أنتِ طالِقٌ إنْ لم تُبْرِئينِى . فأَبْرَأَتْه ، صحَّ . وهل ترْجِعُ ؟ فيه ثلاثُ رِواياتٍ ؛ ثالِثُها ، ترْجِعُ إنْ طلَّقَها ، وإلَّا فلا . انتهى . قلتُ : هذه المَسْأَلَةُ داخِلَةٌ فى الأحْكامِ المُتقَدِّمَةِ ، ولكِنْ هنا آكَدُ فى الرُّجوعِ . الثَّانيةُ ، يحْصُلُ رُجوعُ الأبِ بقَوْلِه ، عَلِمَ الوَلَدُ أو لم يعْلَمْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ونقَل أبو طالِبٍ ، لايجوزُ عِتْقُها حتى يرْجِعَ فيها ، و[1] يرُدَّها إليه ، فإذا قبَضَها ، أعْتَقَها حِينَئذٍ . قال فى « الفُروعِ » : فظاهِرُه اعْتِبارُ قَبْضِه ، وأنَّه يكْفِى . وقال جماعةٌ مِنَ الأصحابِ : فى قَبْضِه مع قَرِينَةٍ وَجْهان . الثَّالثةُ ، لو أسْقَط الأبُ حقَّه مِنَ الرُّجوعِ ، ففى سُقوطِه احْتِمالان فى

---

(١) فى الأصل ، ط : « أو » ، وانظر : الفروع ٤/٦٥١ .

الشرح الكبير

يُعْطِى وَلَدَهُ » . رَواه التِّرمِذِىُّ[1] . وقال : حديثٌ حسنٌ . وهذا يَخُصُّ عُمُومَ ما رَوَوْه . وقِياسُهم مَنْقُوضٌ بهِبَةِ الأَجْنَبِىِّ ، فإنَّ فيها أَجْرًا وثَوابًا ، فإنَّ النبىَّ ﷺ نَدَب إليها . وعندَهم له الرُّجُوعُ فيها . والصَّدَقَةُ على الوَلَدِ كمَسْأَلَتِنا ، وقد دَلَّ حديثُ النُّعْمانِ بن بَشِيرٍ على جَوازِ الرُّجُوعِ فى الصَّدَقَةِ ؛ لقَوْلِه : تَصَدَّقَ عَلَىَّ أبى بصَدَقَةٍ .

الإنصاف

« الانْتِصارِ » . قالَه فى « الفُروعِ » . قال ابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حَواشِى الفُروعِ » : أظْهَرُهما لا يسْقُطُ ؛ لثُبوتِه له بالشَّرْعِ ، كإسْقاطِ الوَلِىِّ حقَّه مِن وِلايَةِ النِّكاحِ . وقد يترَجَّحُ سُقُوطُه ؛ لأنَّ الحقَّ فيه مُجرَّدُ حقِّه ، بخِلافِ وِلايَةِ النِّكاحِ ، فإنَّه حقٌّ عليه للهِ وللمَرْأةِ ، ولهذا يأْثَمُ بعَضْلِه . وهذا أوْجَهُ . انتهى . ويأْتِى نَظِيرُ ذلك فى الحَضانَةِ . الرَّابعَةُ ، تصَرُّفُ الأبِ ليس برُجوعٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وخرَّج أبو حَفْصٍ البَرْمَكِىُّ ، فى كتابِ حُكْمِ[2] الوالِدَيْن فى مالِ ولَدِهما ، رِوايَةً أُخْرى ؛ أنَّ العِتْقَ مِنَ الأبِ صحيحٌ ، ويكونُ رُجوعًا . قال فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما : لا يكونُ وَطْؤُه رُجوعًا . وهل يكونُ بيْعُه وعِتْقُه ، ونحوُهما رُجوعًا ؟ على وَجْهَيْن . وعليهما ، لا ينْفُذُ ؛ لأنَّه لم يُلاقِ المِلْكَ . ويتَخَرَّجُ وَجْهٌ بنُفوذِه ؛ لاقْتِرانِ المِلْكِ . قالَه فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والخَمْسِين » . وقال فى « المُغْنِى »[3] : الأَخْذُ المُجَرَّدُ إنْ

---

(1) فى : باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب الهبة . عارضة الأحوذى ٢٩٤/٨ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦١/٢ . وابن ماجه ، فى : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧٨/٢ .

(2) سقط من : الأصل .

(3) المغنى ٢٦٩/٨ .

الشرح الكبير

فصل : فأمّا الأُمُّ ، فظاهِرُ كَلامِ أحمدَ ، أنَّه ليس لها الرُّجُوعُ . قال الأثْرَمُ : قُلْتُ لأبى عبدِ اللهِ : الرُّجُوعُ للمرأةِ فيما أعْطَتْ وَلَدَها كالرجلِ ؟ قال : ليس هى عندِى (١)فى هذا(١) كالرجلِ ؛ لأنَّ للأبِ أن يَأْخُذَ مِن مالِ وَلَدِه ، والأُمُّ لا تَأْخُذُ . وذَكَر حديثَ عائشةَ : « أَطْيَبُ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِه ، وإنَّ وَلَدَه مِن كَسْبِه »(٢) . أى كأنَّه الرجلُ . ولا يَصِحُّ قِياسُ الأُمِّ على الأبِ ؛ لأنَّ للأبِ وِلايَةً على وَلَدِه ، ويَحُوزُ جَمِيعَ المالِ فى

الإنصاف

قصَد به رُجوعًا ، فرُجوعٌ ، وإلَّا فلا ، مع عدَمِ القَرينَةِ ، ويُدَيَّنُ فى قَصْدِه . وإنِ اقْتَرَن به ما يدُلُّ على الرُّجوعِ ، فوَجْهان ؛ أظْهَرُهما ، أنَّه رُجوعٌ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه . قالَه الحارِثِىُّ . الخامسةُ ، حُكْمُ الصَّدَقَةِ ، حُكْمُ الهِبَةِ فيما تقدَّم . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى وغيرُه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونصَراه . قال فى « الفُروعِ » : هذا أصحُّ الوَجْهَيْن . وقال فى « الإرْشادِ » : لايجوزُ الرُّجوعُ فى الصَّدَقَةِ بحالٍ . وقدَّمه الحارِثِىُّ ، وقال : هذا المذهبُ ، ونصَّ عليه فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ .

تنبيه(٣) : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، بل هو كالصَّريحِ ، أنَّ الأُمَّ ليس لها الرُّجوعُ ، إذا وهَبَتْ ولَدَها . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١١٠ . والنسائى ، فى : باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٢ . وابن ماجه ، فى : باب ما للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٣١ ، ٤١ ، ٤٢ ، ١٢٧ ، ١٦٢ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ .

(٣) فى ط : « السادسة » .

الشرح الكبير

الميراثِ ، بخِلافِ الأُمِّ . ويَحْتَمِلُ أنَّ لها الرُّجُوعَ ، وهو ظاهِرُ كَلامِ الخرَقِيِّ ؛ فإنَّه قال : وإذا فاضَلَ بينَ أوْلادِه أُمِر بردِّه . فيَدْخُلُ فيه الأُمُّ . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّها داخِلَةٌ فى قَوْلِه : « إلَّا الوَالِدَ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَه » . ولأنَّها دَخلَتْ فى قولِ النبيِّ ﷺ : « سَوُّوا بَيْنَ أوْلادِكُمْ » . فيَنْبَغِى أن تتَمَكَّنَ مِن الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ ، ولأنَّه طَرِيقٌ إلى التَّسْوِيَةِ ، ورُبَّما لا يكونُ لها طَرِيقٌ غيرُه إذا لم يُمْكِنْ إعطاءُ الآخَرِ كما أعْطَتِ الأوَّلَ ؛ لأنَّها [٢٤٩/٥و] لما ساوَتِ الأبَ فى تَحْرِيمِ تَفْضِيلِ بعضِ وَلَدِها ، يَنْبَغِى أن

الإنصاف

الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : هى كالأبِ فى ذلك . وجزَم به فى « المُبْهِجِ » ، و « الإيضاحِ » . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والقاضى يَعْقُوبُ ، والحارِثِىُّ [٢٥٩/٢ظ] ، وصاحِبُ « الفائقِ » . وقالَه فى « الإفْصاحِ » ، و « الواضِحِ » ، وغيرِهما . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

السَّادِسَةُ[1] ، لو ادَّعَى اثْنان مَوْلودًا ، فوَهَباه أو أحدُهما شَيْئًا[2] ، فلا رُجوعَ ؛ لانْتِفاءِ ثُبوتِ الدَّعْوَى ، وإنْ ثبَت اللَّحاقُ بأحَدِهما ، ثبَت الرُّجوعُ . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ أيضًا ، أنَّ الجَدَّ ليس له الرُّجوعُ فيما وهَبَه لوَلَدِ وَلَدِه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهِيرُ[2] الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : هو كالأبِ . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » .

---

(١) فى ط : « تنبيه » .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

تُساويَه فى التَّمَكُّنِ مِن الرُّجُوعِ فيما فَضَّلَتْه بهِ ، تَخْلِيصًا لها مِن الإِثْمِ ، وإزالَةً للتَّفْضِيلِ[1] المُحَرَّمِ ، كالأبِ . وهذا الصحيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى. وقال مالِكٌ : للأمِّ الرُّجُوعُ فيما وَهَبَتْ وَلَدَها ، ما كان أبوه حَيًّا ، فإن كان مَيِّتًا فلا رُجُوعَ لها ؛ لأنَّها هِبَةٌ لِيَتِيمٍ ، وهِبَةُ اليَتِيمِ لازِمَةٌ ، كصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . ومِن مَذْهَبِه أنَّه لا يُرْجَعُ فى صَدَقَةِ التَّطَوُّعِ .

فصل : وحُكْمُ الصَّدَقَةِ حُكْمُ الهِبَةِ فيما ذَكَرْنا . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ . وفَرَّقَ مالِكٌ وأصحابُ الرَّأْىِ بينَهما ، فلم يُجِيزُوا الرُّجُوعَ فى الصَّدَقَةِ بحالٍ ، واحْتَجُّوا بحديثِ عُمَرَ : مَن وَهَب هِبَةً أراد بها صِلَةَ الرَّحِمِ ، أو على وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فإنَّه لا يَرْجِعُ . ولَنا ، حديثُ النُّعْمانِ ، فإنَّه قال : تَصَدَّقَ أبى عَلَىَّ بصَدَقَةٍ ، فرَجَعَ أبى فرَدَّ تلك الصَّدَقَةَ . وأيضًا قولُ النبىِّ ﷺ : « إلَّا الوَالِدَ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَه » . وهذا يُقَدَّمُ على قولِ عُمَرَ ، ثم هو خاصٌّ فى الوالِدِ[2] ، وحديثُ عُمَرَ عامٌّ[3] ، فيَجِبُ تَقْدِيمُ الخاصِّ عليه .

فصل : وللرُّجُوعِ فى هِبَةِ الوَلَدِ شُرُوطٌ أرْبَعَةٌ ؛ أحَدُها ، أن يَبْقَى مِلْكُ الابنِ فيها ، فإن خَرَجَتْ عن مِلْكِه ببَيْعٍ أو هِبَةٍ أو وَقْفٍ أو غيرِ ذلك ، لم يكنْ له الرُّجُوعُ فيها ؛ لأنَّه إبْطالٌ لمِلْكِ غيرِ[4] الوَلَدِ ، فأشْبَهَ غيرَ

(1) فى النسخ : « التفضيل » والمثبت من المغنى ٨/٢٦٣ .

(2) فى م : « الولد » .

(3) سقط من : م .

(4) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الْمَوْهُوبِ لِلوَلَدِ . الثانى ، أن تكونَ العَيْنُ باقِيَةً فى تَصَرُّفِ الوَلَدِ ، يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فى رَقَبَتِها ، فإنِ اسْتَوْلَدَ الأمَةَ ، لم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ المِلْكَ فيها لا يجوزُ نَقْلُه إلى غيرِ سَيِّدِها . وكذلك إن أفْلَسَ وحُجِر عليه أو رَهَن العَيْنَ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى إبْطالِ حَقِّ غيرِ الوَلَدِ . فإن زال المانِعُ مِن التَّصَرُّفِ ، فله الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ مِلْكَ الابنِ لم يَزُلْ ، وإنَّما طَرَأ مَعْنًى قَطَع التَّصَرُّفَ مع بَقاءِ المِلْكِ فمَنَعَ الرُّجُوعَ ، فإذا زال زال المَنْعُ . والصحيحُ فى التَّدْبِيرِ أنَّه لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ . فإن قُلْنا : يَمْنَعُ البَيْعَ . مَنَع الرُّجُوعَ ، كالاسْتِيلادِ . وكلُّ تَصَرُّفٍ لا يَمْنَعُ الابنَ التَّصَرُّفَ فى الرَّقَبَةِ ؛ كالوَصِيَّةِ ، والهِبَةِ قبلَ القَبْضِ فيما يَفْتَقِرُ إليه ، والوَطْءِ ، والتَّزْوِيجِ ، والإِجارَةِ ، والمُزارَعَةِ عليها ، وجَعْلِها مُضارَبَةً ، أو فى عَقْدِ شَرِكَةٍ ، فكلُّ ذلك لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ تَصَرُّفَ الابنِ فى رَقَبَتِها ، وكذلك تَعْلِيقُ العِتْقِ بصِفَةٍ . وإذا رَجَع وكان التَّصَرُّفُ لازِمًا ؛ كالإِجارَةِ ، والتَّزْوِيجِ ، والكِتابَةِ ، فهو باقٍ بحالِه ؛ لأنَّ الابنَ لا يَمْلِكُ إبْطالَه ، (1) فكذلك مَن انْتَقَلَ إليه . وإن كان جائِزًا ؛ كالوَصِيَّةِ ، والهِبَةِ قبلَ القَبْضِ ، بَطَل ؛ لأنَّ الابنَ يَمْلِكُ إبْطالَه (1) . وأمّا التَّدْبِيرُ والمُعَلَّقُ عِتْقُه بصِفَةٍ ، فلا يَبْقَى حُكْمُها فى حَقِّ الأبِ ، ومتى عاد إلى الابنِ عادَ حُكْمُها . والبَيْعُ الذى للابنِ فيه خِيارٌ ؛ إمّا بالشَّرْطِ ، أو عَيْبٍ فى الثَّمَنِ ، أو غيرِ ذلك ، فيَمْنَعُ [٢٤٩/٥ ظ]

(1 - 1) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ ، أَوْ زَادَتْ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً ، لَمْ تَمْنَعِ الرُّجُوعَ ، وَالزِّيَادَةُ لِلابْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا لِلْأَبِ . وَهَلْ تَمْنَعُ الْمُتَّصِلَةُ

الشرح الكبير

الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ يتضمَّنُ فَسْخَ مِلْكِ الابنِ فى عِوَضِ المَبيعِ ، ولم يَثْبُتْ ذلك مِن جِهَتِه .

فصل : فإن تَعَلَّقَ بها رَغْبةٌ لغيرِ الوَلَدِ ، مثلَ أن يَهَبَ وَلَدَه شيئًا ، فيَرْغَبَ النّاسُ فى مُعامَلَتِه ويُدايِنُوه ، أو فى مُناكَحَتِه ، فيُزَوِّجُوه ، أو يَهَبَ بِنْتَه فتَتَزَوَّجَ لذلك ، فعن أحمدَ رِوايَتانِ ؛ أولاهما ، ليس له الرُّجُوعُ . قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ أبى الحارِثِ ، فى الرجلِ يَهَبُ ابْنَه مالًا : فله الرُّجُوعُ إلَّا أن يكونَ غَرَّ به قَوْمًا ، فإن غَرَّ به ، فليس له أن يَرْجِعَ . وهذا مَذْهَبُ مالِكٍ ؛ لأنَّه تَعَلَّقَ بها حَقُّ غيرِ الابنِ ، ففى الرُّجُوعِ إبْطالُ حَقِّه ، وقد قال ، عليه الصلاةُ والسّلامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ »[1] . وفى الرُّجُوعِ ضَرَرٌ ، ولأنَّ فى هذا تَحيُّلًا على إلْحاقِ الضَّرَرِ بالمسلمين ، ولا يجوزُ ذلك . والثانيةُ ، له الرُّجُوعُ ؛ لعُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّ حَقَّ المُتَزَوِّجِ والغَرِيمِ لم يَتَعَلَّقْ بعَيْنِ هذا المالِ ، فلم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ فيه . وإن دايَنَه النّاسُ فأفْلَسَ ولم يُحْجَرْ عليه ، فعلى الرِّوايَتَيْن .

٢٦٢٠ – مسألة : (وإن نَقَصَتِ العَيْنُ ، أو زادت زِيادَةً مُنْفَصِلَةً ، لم تَمْنَعِ الرُّجُوعَ ، والزِّيادَةُ للابنِ . ويَحْتَمِلُ أنَّها للأبِ . وهل تَمْنَعُ

الإنصاف

قوله : وإنْ نقَصَتِ العَيْنُ ، أوْ زادَتْ زِيادَةً مُنْفَصِلَةً ، لم تَمْنَعِ الرُّجوعَ . إذا

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦/٣٦٨ .

المقنع الرُّجُوعَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير المُتَّصِلةُ الرُّجُوعَ ؟ على رِوايَتَيْن) أمّا الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ ؛ كالوَلَدِ ، وثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، وكَسْبِ العَبْدِ ، فلا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . والزِّيادَةُ للوَلَدِ ؛ لأنَّها حادِثَةٌ فى مِلْكِه ، ولا تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ ، فلا تَتْبَعُ هٰهُنا . ويَحْتَمِلُ أنَّها للأبِ . ذَكَرَه القاضى ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . فإن كانتِ الزِّيادَةُ وَلَدَ أمَةٍ لا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بينَه وبينَ أُمِّه ، مَنَع الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه يَلْزَمُ منه التَّفْرِيقُ بينَه وبينَ أُمِّه ، وهو مُحَرَّمٌ ، إلَّا أن نقولَ : إنَّ الزِّيادَةَ المُنْفَصِلَةَ للأبِ . فلا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه يَرْجِعُ فيهما جَمِيعًا ، أو يَرْجِعُ فى الأُمِّ ، ويتَمَلَّكُ الوَلَدَ[1] مِن مالِ وَلَدِه .

فصل : فإن تَلِف بعضُ العَيْنِ ، أو نَقَصَتْ قِيمَتُها ، لم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ فيها ، ولا ضَمانَ على الابنِ فيما تَلِف منها ؛ لأنَّه تَلَفٌ على مِلْكِه ، سَواءٌ تَلِف بفِعْلِ الابنِ أو بغيرِ فِعْلِه . وإن جَنَى العَبْدُ جِنايَةً ، تَعلَّقَ أرْشُها برَقَبَتِه ،

الإنصاف نقَصَتِ العَيْنُ ، لم تَمْنَعْ مِنَ الرُّجوعِ ، بلا نِزاعٍ . وكذا إذا زادَتْ زِيادةً مُنْفَصِلَةً . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لا نعْلَمُ فيه خِلافًا . وفى « المُوجَزِ » رِوايَةٌ ؛ أنَّها تَمْنَعُ .

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن كلامِ المُصَنِّفِ ، لو كانتِ الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ وَلَدَ أمَةٍ ، لا يجوزُ التَّفْرِيقُ بينَه وبينَ أُمِّه ، مُنِعَ الرُّجوعُ ، إلَّا أنْ نقولَ : الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ للأبِ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وغيرُهم . قلتُ : فيُعايَى بها . وتقدَّم فى آخِرِ الجِهادِ شئٌ مِن ذلك .

الشرح الكبير

فهو كنُقْصانِه بذَهابِ بعضِ أجْزائِه ، وللأبِ الرُّجُوعُ فيه ، فإن رَجَع فيه ، ضَمِن أرْشَ [٥/٢٥٠و] الجِنايَةِ . وإن جُنِىَ على العَبْدِ ، فرَجَعَ الأبُ فيه ، فأَرْشُ الجِنايَةِ عليه للابنِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الزِّيادَةِ المُنْفَصِلَةِ . فإن قِيل : فلو أراد الأبُ الرُّجُوعَ فى الرَّهْنِ ، وعليه فَكاكُه ، لم يَمْلِكْ ذلك ، فكيف يَمْلِكُ الرُّجُوعَ فى العَبْدِ الجانِى إذا أدَّى أرْشَ الجِنايَةِ ؟ قُلْنا : الرَّهْنُ يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فى العَيْنِ ، بخِلافِ الجِنايَةِ ، ولأنَّ فَكَّ الرَّهْنِ فَسْخٌ لعَقْدٍ عَقَدَه المَوْهُوبُ له ، وهٰهُنا لم يتَعَلَّقِ الحَقُّ به مِن جِهَةِ العَقْدِ ، فافْتَرَقا .

الإنصاف

قوله : والزِّيادَةُ للابْنِ – هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ – ويَحْتَمِلُ أنَّها للأبِ . وهو رِوايَةٌ فى « الفائقِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، واسْتَثْنَوا وَلَدَ الأمَةِ ؛ فإنَّها للوَلَدِ عندَهم ، بلا نِزاعٍ . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم ، وتقدَّم نَظِيرُها فى الحَجْرِ واللُّقَطَةِ .

قوله : وهل تَمْنَعُ الزِّيادَةُ المُتَّصِلَةُ الرُّجوعَ ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ »، و « المُغْنِى »، و « الكافِى »، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، و « الفُروعِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « القَواعِدِ » . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » : وفى مَنْعِ المُتَّصِلَةِ ، صُورَةً ومَعْنًى ، رِوايَتان . زادَ فى « الكُبْرَى » ؛ كسِمَنٍ وكِبَرٍ وحَبَلٍ وتعَلُّمِ صَنْعَةٍ ؛ إحْداهما ، تَمْنَعُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، ونَصَره المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال فى « القاعِدَةِ الحادِيَةِ والثَّمانِين » ، بعدَ إطْلاقِ الرِّوايتَيْن :

الشرح الكبير

فصل : فأمّا الزِّيادَةُ المُتَّصِلَةُ ، كالسِّمَنِ والكِبَرِ وتَعلُّمِ صَنْعَةٍ ، إذا زادت بها القِيمَةُ ، فعن أحمدَ فيها رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّها زِيادَةٌ فى المَوْهُوبِ ، فلم تَمنَعِ الرُّجُوعَ ، كالزِّيادَةِ قبلَ القَبْضِ ، والمُنْفَصِلَةِ . والثانيةُ ، تَمْنَعُ . وهو مَذْهَبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ للمَوْهُوبِ له ، لكونِها نَماءَ مِلْكِه ، ولم تَنْتَقِلْ إليه مِن جِهَةِ أبيه ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيها ، كالمُنْفَصِلَةِ ، وإذا امْتَنَعَ الرُّجُوعُ فيها ، امْتَنَعَ الرُّجُوعُ فى الأصْلِ ؛ لِئَلَّا يُفْضِىَ إلى سُوءِ المُشارَكَةِ وضَرَرِ التَّشْقِيصِ ، ولأنَّه فسخٌ اسْتِرْجاعٍ للمالِ بفَسْخِ عَقْدٍ لغيرِ عَيْبٍ فى عِوَضِه ، فمَنَعَه الزِّيادَةُ المُتَّصِلَةُ ، كاسْتِرْجاعِ الصَّداقِ بفَسْخِ النِّكاحِ ، أو نِصْفِه بالطَّلاقِ ، ورُجُوعِ البائِعِ فى المَبِيعِ لفَلَسِ المُشْتَرِى . وفارَقَ الرَّدَّ بالعَيْبِ مِن جِهَةِ أنَّ الرَّدَّ مِن المُشْتَرِى ، وقد رَضِىَ ببَذْلِ الزِّيادَةِ . وإن فرض الكَلام فيما إذا باع عَرْضًا بعَرْضٍ فزادَ أحَدُهما ، ووَجَدَ المُشْتَرِى بالآخَرِ عَيْبًا ، قُلْنا : بائِعُ المَعِيبِ سَلَّطَ المُشْتَرِىَ على الفَسْخِ ببَيْعِه

الإنصاف

والمَنْصوصُ عن أحمدَ ، فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، امْتِناعُ الرُّجوعِ . وهو المذهبُ على ما اصْطَلَحْناه فى الخُطْبَةِ . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، لا تَمْنَعُ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ . وهو اخْتِيارُ القاضى ، وأصحابِه . قالَه الحارِثِىُّ ، واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ ، فى « تَذْكِرَتِه » ، وقال : يُشارِكُ المُتَّهِبَ[1] بالمُتَّصِلَةِ . قال فى « القَواعِدِ » ، على القَوْلِ بجَوازِ الرُّجوعِ : لاشىءَ على الأبِ للزِّيادَةِ .

---

(١) زيادة من : ط ، وانظر : تصحيح الفروع ٤/٦٤٨ .

الشرح الكبير

المَعِيبَ ، فكأنَّ الفَسْخَ وُجِد منه . ولهذا قُلْنا فيما إذا فَسَخ الزَّوْجُ النِّكاحَ لعَيْبِ المرأةِ قبلَ الدُّخولِ : يَسْقُطُ صَداقُها ، كما لو فَسَخَتْه . وعلى هذا ، لا فَرْقَ بينَ الزِّيادَةِ فى العَيْنِ ؛ كالسِّمَنِ والطُّولِ ونحوِهما ، أو فى المَعانِى ؛ كتَعَلُّمِ صِناعَةٍ ، أو كِتابَةٍ ، أو قُرْآنٍ ، أو عِلْمٍ ، أو إسْلامٍ ، أو قَضاءِ دَيْنٍ عنه . وبهذا قال محمدُ بنُ الحسنِ . وقال أبو حنيفةَ : الزِّيادَةُ بتَعَلُّمِ القُرْآنِ وقَضاءِ دَيْنٍ عنه ، لا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . ولَنا ، أنَّها زِيادَةٌ لها مُقابِلٌ مِن الثَّمَنِ ، فمَنَعَتِ الرُّجُوعَ ، كالسِّمَنِ ، وتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ . وإن زاد ببُرْئِه مِن مَرَضٍ أو صَمَمٍ ، مَنَع الرُّجُوعَ ، كسائِرِ الزِّياداتِ . وإن كانت زِيادَةُ العَيْنِ أو التَّعَلُّمِ لا تَزِيدُ فى قِيمَتِه شيئًا أو تَنْقُصُ منها ، لم تَمْنَعِ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه ليس بزِيادَةٍ [٥/٢٥٠ظ] فى المالِيَّةِ .

فصل : فإن قَصَر العَيْنَ أو فَصَّلَها ، فهى زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، هل تَمْنَعُ الرُّجُوعَ أو لا ؟ مَبْنِىٌّ على الرِّوايَتَيْن فى السِّمَنِ . قال شيخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أن تَمْنَعَ هذه الزِّيادَةُ الرُّجُوعَ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّها حاصِلَةٌ بفِعْلِ الابنِ ، فجَرَتْ مَجْرَى العَيْنِ الحاصِلَةِ بفِعْلِه ، بخِلافِ السِّمَنِ ، فإنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ للأبِ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه نَماءُ العَيْنِ ، فيكونُ تابِعًا لها . وإن

الإنصاف

فائدة : لو اخْتلَفَ الأبُ ووَلَدُه فى حُدوثِ زِيادَةٍ فى المَوْهُوبِ ، فالقَوْلُ قولُ الأبِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : قَوْلُ الوَلَدِ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

---

(١) فى : المغنى ٨/٢٦٧ .

المقنع

وَإِنْ بَاعَهُ الْمُتَّهِبُ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ بِفَسْخٍ أَوْ إِقَالَةٍ ، فَهَلْ لَهُ الرُّجُوعُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ ، لَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ .

الشرح الكبير

وَهَبَه حامِلًا فوَلَدَتْ فى يَدِ الابْنِ ، فهى زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فى الوَلَدِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الوَلَدُ زِيادَةً مُنْفَصِلَةً إذا قُلْنا : الحَمْلُ لا حُكْمَ له . وإن وَهَبَه حامِلًا ثم رَجَع فيها حامِلًا ، جاز ، إذا لم تَزِدْ قيمَتُها ، وإن زادتْ قِيمَتُها ، فهى زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وإن وَهَبَه حائِلًا فحَمَلَتْ ، فهى زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، وله الرُّجُوعُ فيها دُونَ حَمْلِها . وإن قُلْنا : إنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له . فزادت به قِيمَتُها ، فهى زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وإن لم تزِدْ ، جاز الرُّجُوعُ فيها . وإن وَهَبَه نَخْلًا فحَمَلَتْ ، فهى قبلَ التَّأْبِيرِ زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وبعدَه زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ .

٢٦٢١ – مسألة : (وإن باعَه المُتَّهِبُ ثم رَجَع إليه بفَسْخٍ أو إقالَةٍ ، فهل له الرُّجُوعُ ؟ على وَجْهَيْن . وإن رَجَع إليه ببَيْعٍ أو هِبَةٍ ، لم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ) إذا خَرَجَتِ العَيْنُ عن مِلْكِ الابْنِ ببَيْعٍ أو هِبَةٍ ، ثم عادت إليه بسَبَبٍ ، كبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو وَصِيَّةٍ أو إرْثٍ أو نحوِه ، لم يَمْلِكِ الأبُ الرُّجُوعَ فيها ؛ لأنَّها عادت بمِلْكٍ جَدِيدٍ لم يَسْتَفِدْه مِن قِبَلِ أبيه ، فلا يَمْلِكُ فَسْخَه

الإنصاف

قوله : وإنْ باعَه المُتَّهِبُ ثم رجَع إليه بفَسْخٍ أو إقالَةٍ ، فهل له الرُّجوعُ ؟ على وَجْهَيْن . وكذا لو رجَع إليه بفَلَسِ المُشْتَرِى . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ أحدُهما ، يرْجِعُ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الكافِى » ، و « الوَجيزِ » ،

وَإنْ وَهَبَهُ الْمُتَّهِبُ لِابْنِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ أَبُوهُ الرُّجُوعَ ، إلَّا أَنْ يَرْجِعَ هُوَ . المقنع

الشرح الكبير وإزالَتَه ، كالذى لم يكنْ مَوْهُوبًا . وإن عادت إليه بفَسْخِ العَيْبِ أو إقالَةٍ أو فَلَسِ المُشْتَرِى ، ففيهِ وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ السَّبَبَ المُزِيلَ ارْتَفَعَ ، وعاد المِلْكُ بالسَّبَبِ الأوَّلِ ، فأشْبَهَ ما لو فَسخ البَيْعَ بالخِيارِ . والثانى ، لا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ المِلْكَ عاد إليه بعدَ اسْتِقْرارِ مِلْكِ مَن انْتَقَلَ إليه عليه ، أشْبَهَ ما لو عاد إليه بالهِبَةِ . فأمّا إن عاد إليه بخِيارِ الشَّرْطِ أو خِيارِ المَجْلِسِ ، فله الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ المِلْكَ لم يَسْتَقِرَّ عليه .

٢٦٢٢ – مسألة : (وإن وَهَبَه المُتَّهِبُ لابنِه ، لم يَمْلِكْ أبوه الرُّجُوعَ ، إلَّا أن يَرْجِعَ هو) لأنَّ رُجُوعَه إبْطالٌ لمِلْكِ غيرِ ابنِه . فإن رَجَع الابنُ فى هِبَتِه ، احْتَمَلَ أن يَمْلِكَ الأبُ الرُّجُوعَ فى هِبَتِه ؛ لأنَّه فَسخ هِبَتَه

الإنصاف و « المُنَوِّرِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يرْجِعُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » . وقطَع به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . قالَه الحارِثِىُّ . وهذا فى الإقالَةِ ، إذا قُلْنا : هى فَسْخٌ . أمَّا إذا قُلْنا : هى بَيْعٌ . فقال فى « فَوائدِ القَواعِدِ » : يمْتَنِعُ رُجوعُ الأبِ . وتقدَّم ذلك فى فَوائدِ الإقالَةِ ؛ هل هى فَسْخٌ ، أو بَيْعٌ ؟ (1)وقيل : إنْ رجَع بخِيارٍ ، رجَع ، وإلَّا فلا . وأطْلَقهُنَّ الزَّرْكَشِىُّ(1) .

قوله : وإنْ رجَع إليه ببَيْعٍ أو هِبَةٍ ، لم يَمْلِكِ الرُّجوعَ . بلا نِزاعٍ . وكذا لو رجَع إليه بإرْثٍ أو وَصِيَّةٍ .

قوله : وإنْ وهَبَه المُتَّهِبُ لابْنِه ، لم يَمْلِكْ أبوه الرُّجوعَ ، إلَّا أنْ يَرْجِعَ هو . إذا وهَبَه المُتَّهِبُ لابْنِه ، ولم يرْجِعْ هو ، لم يَمْلِكِ الجَدُّ الرُّجوعَ . على الصَّحيحِ

(١ – ١) زيادة من : ا .

المقنع

وَإِنْ كَاتَبَهُ أَوْ رَهَنَهُ ، لَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ، إِلَّا أَنْ يَنْفَكَّ الرَّهْنُ وَتَنْفَسِخَ الْكِتَابَةُ .

الشرح الكبير

برُجُوعِه ، فعاد إليه المِلْكُ بالسَّبَبِ الأوَّلِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الأبُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّهُ رَجَع إلى ابنِه بعدَ اسْتِقْرارِ مِلْكِ غيرِه عليه ، فأشْبَهَ ما لو وَهَبَه ابنُ الابْنِ لأبيه[1] .

[٥/٢٥١و] **٢٦٢٣** - مسألة : (وإن كاتبَه أو رَهَنَه ، لم يَمْلِكْ) أبوه (الرُّجوعَ ، إلَّا أن يَنْفَكَّ الرَّهْنُ وتَنْفَسِخَ[2]) أمّا إذا رَهَنَه الابنُ ، فليس للأبِ

الإنصاف

مِنَ المذهبِ . جزَم به ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، و « الشَّارِحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و« المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وفيه احْتِمالٌ ، له الرُّجوعُ ، ذكَرَه أبو الخَطَّابِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : وهو بعيدٌ . قال الحارِثِىُّ : وهو كما قال ، وأبو الخَطَّابِ وَهَمَ . انتهى . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وإنْ رجَع ، ملَك الواهِبُ الأوَّلُ الرُّجوعَ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وجزَم به المُصَنِّفُ هنا ، وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَمْلِكَ الرُّجوعَ . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » .

قوله : وإنْ كاتَبَه ، لم يَمْلِكِ الرُّجوعَ ، إلَّا أنْ يَفْسَخَ الكِتابَةَ . هذا المذهبُ مَبْنِىٌّ

---

(١) فى الأصل ، م : « لابنه » .

(٢) أى الكتابة .

الشرح الكبير

الرُّجُوعُ قبلَ انْفِكاكِ الرَّهْنِ ؛ لأنَّ فى ذلك إبْطالَ حَقٍّ غيرِ الوَلَدِ . فإنِ انْفَكَّ الرَّهْنُ ، فله الرُّجُوعُ ؛ لزَوالِ المانِعِ ، ولأنَّه عاد إلى صِحَّةِ تَصَرُّفِ الابنِ فيه ، أشْبَهَ غيرَ المَرْهُونِ . وحُكْمُ الكِتابَةِ كذلك عندَ مَن لا يَرَى بَيْعَ المُكاتَبِ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ، وجَماعَةٍ غيرِه . فأمّا مَن أجاز بَيْعَ المُكاتَبِ فحُكْمُه عندَه كالعَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ ، والمُزَوَّجِ ، على ما ذَكَرْناه .

الإنصاف

على القَوْلِ بعدَمِ جوازِ بَيْعِ المُكاتَبِ . أمَّا على القَوْلِ بجَوازِ بَيْعِه ، وهو المذهبُ ، فحُكْمُه حُكمُ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ . قالَه الشَّارِحُ . (١)وقد صرَّح قبلَ ذلك بجوازِ الرُّجوعِ فى العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ(١) . فكذا هنا ، لكِنَّ المُسْتأْجِرَ مُسْتَحِقٌّ للمَنافِعِ مُدَّةَ الإجارةِ ، والكِتابَةُ باقِيَةٌ على حُكْمِها إذا رجَع أيضًا . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وإنْ كاتَبَه ، ومُنِعَ بَيْعُ [٢/٢٦٠و] المُكاتَبِ ، وزالَتِ الكِتابَةُ بفَسْخٍ أو عَجْزٍ ، رجَع ، وإلَّا فلا ، كما لو باعَه . وما أخَذَه الابنُ مِن دَيْنِ الكِتابَةِ ، لم يأْخُذْه منه أبوه ، بل يأْخُذُ ما يُؤَدِّيه وَقْتَ رُجوعِه وبعدَه ، فإنْ عجَز ، عادَ إليه . (١)قال الزَّرْكَشِىُّ : وشَرْطُ الرُّجوعِ أنْ لا يتعَلَّقَ بالعَيْنِ حقٌّ يمْنَعُ تصَرُّفَ الابنِ ؛ كالرَّهْنِ ، وحَجْرِ الفَلَسِ ، والكِتابَةِ ، وإنْ لم يَجُزْ بَيْعُ المُكاتَبِ(١) .

فائدة : لايمْنَعُ التَّدْبيرُ الرُّجوعَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يَمْنَعُ . وهذا الحُكْمُ مُفَرَّعٌ على القَوْلِ بجوازِ بَيْعِه ، فأمَّا على القَوْلِ بمَنْعِ البَيْعِ ، فإنَّ الرُّجوعَ يمْتَنِعُ كالاسْتِيلاءِ . قالَه الشَّارِحُ وغيرُه .

(١ - ١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

فصل : والرُّجُوعُ فى الهِبَةِ أن يقولَ : قد رَجَعْتُ فيها . أو : ارْتَجَعْتُها . أو : رَدَدْتُها . أو نحوَ ذلك مِن الألفاظِ الدّالَّةِ على الرُّجُوعِ . ولا يَفْتَقِرُ إلى حُكْمِ حاكِمٍ . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إلَّا بقضاءِ قاضٍ ؛ لأنَّ مِلْكَ المَوْهُوبِ له مُسْتَقِرٌّ . ولَنا ، أنَّه خِيارٌ فى فَسْخِ عَقْدٍ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى قَضاءٍ ، كالفَسْخِ بخِيارِ الشَّرْطِ . فإن أخَذَ ما وَهَبَه لوَلَدِه ونَوَى به الرُّجُوعَ ، كان رُجُوعًا ، والقولُ قَوْلُه فى نِيَّتِه ؛ لأنَّ ذلك لا يُعْلَمُ إلَّا منه . فإن ماتَ الأبُ ولم يُعْلَمْ هل نَوَى الرُّجُوعَ أوْ لا ، ولم تُوجَدْ قَرِينَةٌ تَدُلُّ على الرُّجُوعِ ، لم نَحْكُمْ بأنَّه رُجُوعٌ ؛ لأنَّ الأخْذَ يَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ وغيرَه ، فلا نُزِيلُ حُكْمًا يَقِينيًّا بأمْرٍ مَشْكُوكٍ فيه . فإنِ اقْتَرَنَتْ به قَرائِنُ دالَّةٌ على الرُّجُوعِ ، كان رُجُوعًا ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّنا اكْتَفَيْنا فى العَقْدِ بدَلالَةِ الحالِ فى الفَسْخِ ، ولأنَّ لَفْظَ الرُّجُوعِ إنَّما كان رُجُوعًا لدَلالَتِه عليه ، فكذلك كلُّ ما دَلَّ عليه . والآخَرُ ، لا يكونُ رُجُوعًا . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ المِلْكَ ثابتٌ

الإنصاف

فائدة : إجارَةُ الوَلَدِ له ، وتزْوِيجُه ، والوَصِيَّةُ به ، والهِبَةُ قبلَ القَبْضِ ، والمُزارَعَةُ ، والمُضارَبَةُ به ، والشَّرِكَةُ ، وتعْليقُ عِتْقِه بصِفَةٍ ، لا يَمْنَعُ الرُّجوعَ . وكذا وَطْءُ الوَلَدِ ، لا يَمْنَعُ الرُّجوعَ . وكذا إباقُ العَبْدِ ورِدَّةُ الوَلَدِ ، لا يمْنَعُ ، إنْ قيلَ ببَقاءِ المِلْكِ . وإنْ قيل : مُراعًى . فكذلك الرُّجوعُ . وإنْ قيل : بزوالِه [1] مَنَعَتْ .

---

(١) فى الأصل : « بجوازه » .

المقنع

وَعَنْ أَحْمَدَ فِى الْمَرْأَةِ تَهَبُ زَوْجَهَا مَهْرَهَا : إِنْ كَانَ سَأَلَهَا ذٰلِكَ رَدَّهُ إِلَيْهَا ، رَضِيَتْ أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَاتَهَبُ لَهُ إِلَّا مَخَافَةَ غَضَبِهِ أَوْ إِضْرَارٍ بِهَا بِأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا .

الشرح الكبير

للمَوْهُوبِ له يَقِينًا ، فلا يَزُولُ إلَّا بالصَّرِيحِ . قال شيخُنا[1] : ويُمْكِنُ أن يَنْبَنِىَ هذا على نَفْسِ العَقْدِ ، فمَن أَوْجَبَ الإِيجابَ والقَبُولَ فيه ، لم يَكْتَفِ هٰهُنا إلَّا بلَفْظٍ يَقْتَضِى زَوالَه ، ومَن اكْتَفَى فى العَقْدِ بالمُعاطاةِ الدَّالَّةِ على الرِّضَا به ، فهٰهُنا أَوْلَى . فإن نَوَى الرُّجُوعَ مِن غيرِ فِعْلٍ ولا قولٍ ، لم يَحْصُلِ الرُّجُوعُ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه إثْباتُ المِلْكِ على مالٍ مَمْلُوكٍ لغيرِه ، فلم يَحْصُلْ بمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كسائِرِ العُقُودِ . وإن عَلَّقَ الرُّجُوعَ بشَرْطٍ ، فقال : إذا جاء رَأْسُ الشَّهْرِ فقد رَجَعْتُ فى الهِبَةِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الفَسْخَ للعَقْدِ لا يَقِفُ على شَرْطٍ لا يَقِفُ العَقْدُ عليه .

٢٦٢٤ – مسألة : (وعن أحمدَ ، فى المرأةِ تَهَبُ [٢٥١/٥ظ] زَوْجَها مَهْرَها : إن كان سَأَلَها ذلك رَدَّه إليها ، رَضِيَتْ أو كَرِهَتْ ؛ لأنَّها لا تَهَبُه له إلَّا مَخافَةَ غَضَبِه أو إضْرارٍ بها بأن يَتَزَوَّجَ عليها) اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ فى هِبَةِ المرأةِ زَوْجَها ، فعنه ، لا رُجُوعَ لها . وهذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ، واخْتِيارُ أبى بكرٍ . وبه قال عُمَرُ بنُ عبدِ العَزِيزِ ، والنَّخَعِىُّ ، ورَبِيعَةُ ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ،

الإنصاف

....

---

(١) فى : المغنى ٢٦٩/٨ .

الشرح الكبير

وعَطاءٌ ، وقَتادَةُ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّآ أن يَعْفُونَ ﴾[1] . وقال تعالى : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا ﴾[2] . الآية . وعُمُومِ الأحادِيثِ . وعنه رِوايَةٌ ثانيةٌ، لها الرُّجُوعُ. قال الأثْرَمُ: سَمِعْتُ أحمدَ يُسْأَلُ عن المرأةِ تَهَبُ ثم تَرْجِعُ، فرَأَيْتُه يَجْعَلُ النِّساءَ غيرَ الرِّجالِ، ثم ذَكَر الحديثَ: «إِنَّمَا يَرْجِعُ فى المَوَاهِبِ النِّسَاءُ وَشِرَارُ النَّاسِ»[3]. وذَكَر حديثَ عُمَرَ: إنَّ النِّساءَ يُعْطِينَ أزْواجَهُنَّ رَغْبَةً ورَهْبَةً، فأيُّما امرأةٍ أعْطَتْ زَوْجَها شيئًا ثم أرادت أن تَعْتَصِرَه فهى أحَقُّ به[4] . رَواه الأثْرَمُ[5] . وهذا قولُ شُرَيْحٍ ، والشَّعْبِىِّ . وحَكاه الزُّهْرِىُّ عن القُضاةِ . وعنه رِوايَةٌ ثالثةٌ ، نَقَلَها عنه أبو طالِبٍ: إذا وَهَبَتْ له مَهْرَها، فإن كان سأَلَها ذلك رَدَّه إليها، رَضِيَتْ أو كَرِهَتْ؛ لأنَّها لا تَهَبُ إلَّا مَخافَةَ غَضَبِه أو إضْرارٍ بأن يَتزَوَّجَ عليها، وإن لم يكنْ سَأَلَها وتبَرَّعَتْ[6] به، فهو جائِزٌ. فظاهِرُ هذه الرِّوايَةِ ، أنَّه متى كانت مع الهِبَةِ قَرِينَةٌ ؛ مِن مَسْأَلَتِه لها ، أو غَضَبٍ عليها ، أو ما يَدُلُّ على خَوْفِها منه ، فلها الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ شاهِدَ الحالِ يَدُلُّ على أنَّها لم تَطِبْ به نَفْسًا ، وإنَّما أباحه اللهُ تعالى عندَ طيبِ نَفْسِها بقَوْلِه تعالى : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ . فيكونُ فيها ثلاثُ رِواياتٍ ؛

الإنصاف ....

(١) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٢) سورة النساء ٤ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب العائد فى هبته ، من كتاب المواهب . المصنف ٩/ ١١١ .

(٤) سقط من : الأصل ، م .

(٥) وأخرجه عبد الرزاق بنحوه . المصنف ٩/ ١١٥ .

(٦) فى م : « وترغب » .

المقنع

فَصْلٌ : وَلِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَاشَاءَ ، وَيَتَمَلَّكَهُ مَعَ حَاجَتِهِ وَعَدَمِهَا ، فِي صِغَرِهِ وَكِبَرِهِ ، إِذَا لَمْ تَتَعَلَّقْ حَاجَةُ الِابْنِ بِهِ .

الشرح الكبير

إحْداها ، لَيْسَ لها الرُّجُوعُ ، كالأجْنَبِىِّ . والثانيةُ ، لها الرُّجُوعُ مُطْلَقًا ؛ لحديثِ عُمَرَ . والثالثةُ ، التَّفْصِيلُ الذى ذَكَرْناه .

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وللأبِ أن يَأْخُذَ مِن مالِ وَلَدِه ما شاء ، ويتَمَلَّكَه مع حاجَتِه وعَدَمِها ، فى صِغَرِه وكِبَرِه ، ما لم تتَعَلَّقْ حاجَةُ الابن ِ به) إنَّما يَجُوزُ ذلك بشَرْطَيْن ؛ أحَدُهما أن لا يُجْحِفَ بالابن ِ ، ولا يَضُرَّ به ، ولا يَأْخُذَ شيئًا تَعَلَّقَتْ به حاجَتُه . الثانى ، أن لا يَأْخُذَ مِن مالِ وَلَدٍ فيُعْطِيَه الآخَرَ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايَةِ إسماعِيلَ بن ِ سعيدٍ ؛ لأنَّه

الإنصاف

قوله : وللأبِ أنْ يَأْخُذَ مِن مالِ وَلَدِه ماشاءَ . هذا المذهبُ بشَرْطِه ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . ومنَع مِن ذلك ابنُ عَقِيلٍ ، ذكَرَه فى مَسْأَلَةِ الإعْفافِ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : ليس للأبِ الكافِرِ أنْ يتَمَلَّكَ مِن[1] مالِ وَلَدِه المُسْلِمِ ، لاسِيَّما إذا كان الوَلَدُ كافِرًا ثم أسْلَمَ . قلتُ : وهذا عَيْنُ الصَّوابِ . وقال أيضًا : والأشْبَهُ أنَّ الأبَ المُسْلِمَ ليس له أنْ يأْخُذَ مِن مالِ وَلَدِهِ الكافِرِ شيئًا . فعلى المذهبِ ، قال الشَّيْخُ تقِىُّ الدِّينِ : يُسْتَثْنَى ، ممَّا للأبِ أنْ يأْخُذَه مِن مالِ وَلَدِه ، سُرِّيَّةٌ للابنِ ، وإنْ لم تكُنْ أمَّ وَلَدٍ ؛ فإنَّها مُلْحَقَةٌ بالزَّوْجَةِ . ونصَّ عليه أحمدُ فى أكثرِ الرِّواياتِ . ويأْتِى كلامُه أيضًا قريبًا ، إذا تمَلَّكَ فى مَرَضِ مَوْتِه أو مرَضِ مَوْتِ الابنِ .

قوله : مع الحاجَةِ وعدَمِها . يعْنِى ، مع حاجَةِ الأبِ وعدَمِها . وهذا المذهبُ .

---

(١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

مَمْنوعٌ مِن تَخْصِيص بعضِ وَلَدِه بالعَطِيَّةِ مِن مالِ [٢٥٢/٥و] نَفْسِه ، فلأن يُمْنَعَ مِن تخصِيصِه بما أخَذَه مِن مالِ وَلَدِه الآخَرِ أوْلَى . وقد رُوِىَ أنَّ مَسْرُوقًا زَوَّجَ ابْنَتَه بصداقٍ عَشَرَةِ آلافٍ فأخَذَها فأنْفَقَها فى سَبِيلِ اللهِ ، وقال للزَّوْجِ : جَهِّزِ امْرَأتَكَ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافعىُّ : ليس له أن يَأْخُذَ مِن مالِ وَلَدِه إلَّا بقَدْرِ حاجَتِه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « إنَّ

الإنصاف

جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : لا يتَمَلَّكُ مِن مالِ وَلَدِه إلَّا ما احْتاجَ إليه . وسأَله ابنُ مَنْصُورٍ وغيرُه عن الأبِ ، يأْكُلُ مِن مالِ ابْنِه ؟ قال : نعم ، إلَّا أنْ يُفْسِدَه ، فله القُوتُ فقط .

تنبيه : مفْهومُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ الأُمَّ ليس لها أنْ تأْخُذَ مِن مالِ وَلَدِها كالأبِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : لها ذلك كالأبِ .

قوله : إذا لم تتعَلَّقْ حاجَةُ الابنِ به . يُشْتَرَطُ فى جَوازِ أخْذِ الأبِ مِن مالِ وَلَدِه ، أنْ لا يضُرَّ الأخْذُ به ، كما إذا تعَلَّقَتْ حاجَتُه به . نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » . وعنه ، له الأخْذُ ما لم يُجْحِفْ به . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « تذكِرةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « ناظِمِ المُفْرَداتِ » . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : وللأبِ أنْ يأْخُذَ مِن مالِ وَلَدِه ماشاءَ ، مع غِناه وحاجَتِه ، بشَرْطَيْن ؛ أحدُهما ، أنْ لا يُجْحِفَ بالابْنِ ، ولا يأْخُذَ ما تعَلَّقَتْ به حاجَتُه . الثَّانى ، أنْ لا يأْخُذَ مِن أحَدِ وَلَدَيْه ، فيُعْطِيَه الآخَرَ . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ إسْماعِيلَ بنِ سَعيدٍ . انتهَيا . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : قِياسُ المذهبِ ، أنَّه ليس للأبِ أنْ يتملَّكَ مِن مالِ ابنِه فى مَرَضِ مَوْتِ الأبِ ما يُخَلِّفُه تَرِكَةً ؛ لأنَّه بمَرَضِه

الشرح الكبير

دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فى بَلَدِكُمْ هَذَا ، فى شَهْرِكُمْ هذا » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ورَوَى الحَسَنُ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِكَسْبِه مِنْ وَلَدِه وَوَالِدِه والنَّاسِ أَجْمَعِينَ » . رَواه سعيدٌ فى « سُنَنِه »[2] . ورُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسِه » . رَواه الدّارَقُطْنِىُّ[3] . ولأنَّ مِلْكَ الابنِ تامٌّ على مالِ نَفْسِه ، فلم يَجُزِ انْتِزاعُه منه ، كالذى تَعَلَّقَتْ به حاجَتُه . ولَنا ، [4]ما رَوَتْ عائِشَةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها[4] ، قالت : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ ، وإنَّ أَوْلَادَكُم مِنْ كَسْبِكُمْ » . أخْرَجَه سعيدٌ ، والتِّرْمِذِىُّ[5] ، وقال : حديثٌ حسنٌ . ورَوَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : جاء رجلٌ إلى النبىِّ ﷺ فقال : إنَّ أبِى اجْتاحَ مالى . فقال : « أَنْتَ ومَالُكَ لِأَبِيكَ » . رَواهُ الطَّبَرانِىُّ فى

الإنصاف

قدِ انْعَقَدَ السَّبَبُ القاطِعُ لتَملُّكِه ، فهو كما لو تَملَّكَ فى مرَضِ مَوْتِ الابنِ . انتهى . وقال أيضًا : لو أخَذ مِن مالِ وَلَدِه شيئًا ، ثم انْفَسَخ سببُ اسْتِحْقاقِه ، بحيثُ وجَب ردُّه إلى الذى كانَ مالِكَه ؛ مثلَ أنْ يأْخُذَ الأَبُ صَداقَ ابْنَتِه ، ثم يُطَلِّقَ الزَّوْجُ ، أو

---

(1) تقدم تخريجه فى ٨/٣٦٣ . من حديث جابر فى صفة الحج .

(2) وأخرجه البيهقى ، فى : باب من قال يجب على الرجل مكاتبة عبده ... ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ١٠/٣١٩ . عن حبان بن أبى جبلة .

(3) تقدم تخريجه فى ١٣/٤٣٢ .

(4 - 4) سقط من : الأصل ، م .

(5) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٧ .

الشرح الكبير

« مُعْجَمِه » مُطَوَّلًا ، ورَواه ابنُ ماجه[1] ، ورَوى أبو داودَ نحوَه ، ورَواه غيرُه ، وزاد : « وإنَّ أوْلَادَكُم مِنْ أطْيَبِ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُوا مِنْ أمْوالِهِمْ » . ورَوَى محمدُ بنُ المُنْكَدِرِ ، والمُطَّلِبُ بنُ حَنْطَبٍ ، قال : جاء رجلٌ إلى النبيِّ ﷺ فقال : إنَّ لى مالًا وعِيالًا ، ولأبى مالٌ وعِيَالٌ ، وأبى يُرِيدُ أنْ يَأْخُذَ مالى ، فقال النبيُّ ﷺ : « أنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . رواه سعيدٌ فى « سُنَنِه »[2] . ولأنَّ اللهَ تعالى جَعَل الوَلَدَ مَوْهُوبًا لأبيه فقال : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُۥٓ إِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ ﴾[3] . وقال : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُۥ يَحْيَىٰ ﴾[4] . وقال زَكَرِيَّا : ﴿ فَهَبْ لِى مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ﴾[5] . وقال إبراهيمُ : ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ ﴾[6] . وما كان مَوْهُوبًا له كان له أخْذُ مالِه ، كعَبْدِه . قال سُفْيانُ بنُ عُيَيْنَةَ ، فى قَوْلِه تعالى : ﴿ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُواْ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ ﴾[7] . ثم ذَكَر

الإنصاف

يأْخُذَ الزَّوْجُ ثَمَنَ السِّلْعَةِ التى باعَها الوَلَدُ ، ثم يرُدَّ السِّلْعَةَ بعَيبٍ ، أو يأْخُذَ المَبِيعَ الذى اشْتَراه الوَلَدُ ، ثم يُفْلِسَ بالثَّمَنِ ، ونحوِ ذلك ، فالأَقْوَى فى جميعِ الصُّوَرِ ،

(١) أخرجه الطبرانى ، فى الكبير ٢٧٩/٧ عن سمرة . وفى الصغير ٨/١ عن عبد الله بن مسعود . وانظر الإرواء ٣٢٥/٣ .

والحديث تقدم تخريجه فى ٩٤/٧ .

(٢) وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب ما للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ .

(٣) سورة الأنعام ٨٤ ، والأنبياء ٧٢ ، والعنكبوت ٢٧ .

(٤) سورة الأنبياء ٩٠ .

(٥) سورة مريم ٥ .

(٦) سورة إبراهيم ٣٩ .

(٧) سورة النور ٦١ .

المقنع

وَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ ؛ بِبَيْعٍ ، أَوْ عِتْقٍ ، أَوْ إِبْرَاءٍ مِنْ دَيْنٍ ، لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ .

الشرح الكبير

بُيُوتَ سائِرِ القَراباتِ إلَّا الأوْلادَ لم يَذْكُرْهم ؛ لأنَّهم دَخلُوا فى قَوْلِه : ﴿ مِن بُيُوتِكُمْ ﴾ . فلمّا كانت [٢٥٢/٥ظ] بُيُوتُ أوْلادِهم كبُيُوتِهم ، لم يَذْكُرْ بُيُوتَ أوْلادِهم . ولأنَّ الرجلَ يَلِى مَالَ وَلَدِه مِن غيرِ تَوْلِيَةٍ ، فكان له التَّصَرُّفُ فيه كمالِ نَفْسِه . وأمّا أحادِيثُهم فأحادِيثُنا تَخُصُّها وتُفَسِّرُها ، فإنَّ النبىَّ ﷺ جَعَل مالَ الابنِ مالًا لأبِيه بقَوْلِه : « أنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . ولا تَنافِىَ بينَهما . وقولُه عليه السَّلامُ : « أَحَقُّ به مِنْ وَالِدِه وَوَلَدِه » . الحديث مُرْسَلٌ . ثم هو يَدُلُّ على تَرْجِيحِ حَقِّه على حَقِّ أبيه لا على نَفْىِ الحَقِّ بالكُلِّيَّةِ ، والوَلَدُ أحَقُّ مِن الوالِدِ فيما تعَلَّقَتْ به حاجَتُه .

٢٦٢٥ – مسألة : (فإن تَصَرَّفَ فيه قبلَ تَمَلُّكِه ؛ ببَيْعٍ ، أو عِتْقٍ ، أو إبْراءٍ مِن دَيْنٍ ، لم يَصِحَّ تصرُّفُه) فيه . نَصَّ عليه أحمدُ ، قال : لا يجُوزُ عِتْقُ الأبِ لعَبْدِ ابنِه ما لم يَقْبِضْه . فعلى هذا ، لا يَصِحُّ إبراؤُه مِن دَيْنِه ،

الإنصاف

أنَّ للمالِكِ الأوَّلِ الرُّجوعَ على الأبِ . انتهى . وعنه ، للأبِ تمَلُّكُه كلِّه ، بظاهِرِ قوْلِه عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ : « أنْتَ ومَالُك لأبيك » .

قوله : وإنْ تصَرَّفَ قبلَ تمَلُّكِه ببَيْعٍ ، أو عِتْقٍ ، أو إبْراءٍ مِنْ دَيْنٍ ، لم يصِحَّ تَصَرُّفُه . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . قال فى « الفُروعِ » : ولا يصِحُّ تصَرُّفُه فيه قبلَ تمَلُّكِه ، على الأصحِّ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : هذا المَعْروفُ مِنَ المذهبِ . وعنه ، يصِحُّ . وخرَّج

الشرح الكبير

ولا هِبَتُه لمالِه ، ولا بَيْعُه له ؛ لأنَّ مِلْكَ الابنِ تامٌّ على مالِ نَفْسِه ، يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه . وذَكَر ابنُ أبى موسى فى « الإرْشادِ » قال : إذا وَهَب الابْنُ مِن مالِه شيئًا فليس لأبيه الاعْتِراضُ عليه ؛ إلَّا أن يكونَ للوَلَدِ عَقارٌ يَكْفِيه ويَكْفِى أباه ، ولا مالَ له غيرُه ، ولا مالَ لأبيه ، فإنَّ أحمدَ قال : إنِ اعْتَرَضَ عليه الوالِدُ رَأَيْتُ أن يَرُدَّه الحاكِمُ على الأبِ ولا يَبْقى فَقِيرًا لا حِيلَةَ له . ويَحِلُّ له وَطْءُ جَوارِيه ، ولو كان المِلْكُ مُشْتَرَكًا لم يَحِلَّ له الوَطْءُ كما لا يَحِلُّ وَطْءُ الجارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ ، وإنَّما للأبِ انْتِزاعُه منه ، كالعَيْنِ التى وَهَبَها إيَّاه ، فقبلَ انْتِزاعِها لا يَصِحُّ تَصَرُّفُه ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ وِلايَةٍ . وإن كان الابنُ صَغِيرًا ، لم يَصِحَّ أيضًا ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بما لا حَظَّ للصَّغِيرِ فيه ، وليس مِن الحَظِّ إسْقاطُ دَيْنِه وعِتْقُ عَبْدِه وهِبَةُ مالِه . قال أحمدُ : بينَ الرجلِ وبينَ وَلَدِه رِبًا . لِما ذَكَرْناه مِن أنَّ مِلْكَ الابنِ على مالِه تامٌّ .

الإنصاف

أبو حَفْصٍ البَرْمَكِىُّ رِوايَةً بصِحَّةِ تصَرُّفِه بالعِتْقِ قبلَ القَبْضِ . وقال أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » : بَيْعُ الأبِ على ابنِه ، وعِتْقُه ، وصدَقَتُه ، ووَطْءُ إمائِه ، ما لم يَكُنِ الابنُ قد وَطِئَ ، جائزٌ ، ويجوزُ له بَيْعُ عَبِيدِه وإمائِه ، وعِتْقُهم . فعلى المذهبِ ، قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يَقْدَحُ فى أهْلِيَّتِه ؛ لأجْلِ الأذَى ، لاسِيَّما بالحَبْسِ . انتهى . وقال فى « المُوجَزِ » : لا يمْلِكُ إحْضارَه فى مَجْلِسِ الحُكْمِ ، فإنْ أحْضَرَه[1] ، فادَّعَى ، فأقَرَّ ، أو قامَتْ بَيِّنَةٌ ، لم يُحْبَسْ .

---

(١) فى ط : « حضر » .

المقنع

وَإنْ وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَأَحْبَلَهَا ، صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ لَاتَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ، وَلَا مَهْرَ وَلَا حَدَّ . وَفِي التَّعْزِيرِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

٢٦٢٦ – مسألة : (وإن وَطِئَ جارِيَةَ ابنِه فأحْبَلَها ، صارت أُمَّ وَلَدٍ له ، ووَلَدُه حُرٌّ لا تَلْزَمُه قِيمَتُه ، ولا حَدَّ) عليه (ولا مَهْرَ . وفى التَّعْزِيرِ وَجْهان) قال أحمدُ : لا يَطأُ جارِيَةَ الابنِ إلَّا أن يَقْبِضَها . يَعْنِى يتمَلَّكُها ؛ لأنَّه إذا وَطِئَها قبلَ تَمَلُّكِها ، فقد وَطِئَها وليست زَوْجَةً ولا مِلْكَ يَمِينٍ ، فإن تمَلَّكَها ، لم يَحِلَّ له وَطْؤُها حتى يَسْتَبْرِئَها ؛ لأنَّه ابْتِداءُ مِلْكٍ ، فوَجَبَ الاسْتِبْراءُ فيه ، كما لو اشْتَراها . فإن كان الابنُ قد وَطِئَها ، لم تَحِلَّ له بحالٍ . فإن وَطِئَها قبلَ تَمَلُّكِها ، ولم يكنْ الابنُ وَطِئَها ، كان مُحَرَّمًا مِن وجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، [٢٥٣/٥و] أنَّه وَطِئَها قبلَ تَمَلُّكِها . والثانى ، أنَّه وَطِئَها قبلَ اسْتِبْرائِها . وإن كان الابنُ وَطِئَها ، حُرِّمَتْ بوَجْهٍ ثالثٍ ، وهو أنَّها صارت بمَنْزِلَةِ حَلِيلَةِ ابنِه ، فإن فَعَل ، فلا حَدَّ عليه لشُبْهَةِ المِلْكِ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ

الإنصاف

فائدة : يحْصُلُ تمَلُّكُه بالقَبْضِ . نصَّ عليه ، مع القَوْلِ أو النِّيَّةِ . قال فى « الفُروعِ » : ويتوَجَّهُ ، أو قرِينَةٍ . وقال فى « المُبْهِجِ » : فى تصَرُّفِه فى غيرِ مَكِيلٍ أو مَوْزونٍ ، رِوايَتان ؛ بِناءً على حُصولِ مِلْكِه قبلَ قَبْضِه .

قوله : وإنْ وَطِئَ جارِيَةَ ابْنِه ، فأحْبَلَها ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له . إنْ كان الابنُ لم يَكُنْ وَطِئَها، صارَتْ [٢٦٠/٢ظ] أُمَّ وَلَدٍ لأبِيه، إذا أحْبَلَها، بلا نِزاعٍ . وإنْ كان الابنُ يَطَؤُها، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا، أنَّها تصيرُ أُمَّ وَلَدٍ له أيضًا، إذا أحْبَلَها . وهو أحدُ الوَجْهَيْن . ورَجَّحه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . وهو كالصَّريحِ فيما قطَع به صاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، والشَّارِحُ ، وابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ،

الشرح الكبير

أضاف مالَ الوَلَدِ إلى أبيه ، فقال : « أنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وإن وَلَدَتْ منه ، صارت أُمَّ وَلَدٍ له ، ووَلَدُه حُرٌّ ؛ لأنَّه مِن وَطْءٍ سَقَط فيه الحَدُّ للشُّبْهَةِ ، وليس للابن مُطالَبَتُه بشيءٍ مِن قِيمَتِها ولا قِيمَةِ وَلَدِها ولا مَهْرٍ ، ويَجِبُ تَعْزِيرُه فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه وَطِئَ وطْئًا مُحَرَّمًا ، أشْبَهَ وَطْءَ الجارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ . والثانى ، لا يُعَزَّرُ ؛ لأنَّه لا يُقْتَصُّ منه بالجِنايَةِ على وَلَدِه ، فلا يُعَزَّرُ بالتَّصَرُّفِ فى مالِه . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ التَّعْزِيرَ هـٰهُنا حَقٌّ للهِ تعالى ، بخِلافِ الجِنايَةِ على وَلَدِه ؛ لأنَّها حَقٌّ للوَلَدِ .

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، وغيرُهم . وقطَع به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها لا تصيرُ أُمَّ وَلَدٍ للأبِ ، إذا كان الابنُ يطَؤُها . نصَّ عليه . قال فى « الفُروعِ » : وإنْ كان ابنُه يطَؤُها ، لم تصِرْ أُمَّ وَلَدٍ فى المَنْصوصِ .

تنبيه : هذا إذا لم يَكُنِ الابنُ قدِ اسْتَوْلَدَها ، فإنْ كان الابنُ قدِ اسْتَوْلَدَها ، لم ينْتَقِلِ المِلْكُ فيها باسْتِيلادِه ، كما [(1)]لا ينْتَقِلُ[(1)] بالعُقودِ . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ فى « فُنونِه » ، أنَّها تصيرُ مُسْتَوْلَدَةً لهما جميعًا ، كما لو وَطِئَ الشَّريكان أمَتَهما فى طُهْرٍ واحِدٍ ، وأتَتْ بوَلَدٍ ، وألْحَقَتْه القافَةُ بهما . قالَه فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والخَمْسِين » .

قوله : ووَلَدُه حُرٌّ لا تَلْزَمُه قِيمَتُه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، تَلْزَمُه قِيمَتُه .

(1 - 1) فى ط : « ينتقل » .

الشرح الكبير

فصل : وليس لغيرِ الأبِ الأخْذُ مِن مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، للأحاديثِ التى ذَكَرْناها ؛ لأنَّ الخَبَرَ وَرَد فى الأبِ بقَوْلِه[1] عليه السَّلامُ : « أنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . ولا يَصِحُّ قِياسُ غيرِه عليه ؛ لأنَّ للأبِ وِلايةً على وَلَدِه ومالِه إذا كان صَغِيرًا ، وله شَفَقَةٌ تامَّةٌ وحَقٌّ مُتَأكِّدٌ ، ولا يَسْقُطُ مِيراثُه بحالٍ . والأُمُّ لا تَأْخُذُ ؛ لأنَّها لا وِلايَةَ لها ، والجَدُّ أيضًا لا يَلِى على مالِ وَلَدِ ابْنِه ، وشَفَقَتُه قاصِرَةٌ عن شَفَقَةِ الأبِ ، ويُحْجَبُ به فى المِيراثِ ، وفى وِلايَةِ النِّكاحِ . وغيرُهما مِن الأقارِبِ والأجانِبِ ليس لهم الأخْذُ بطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ؛ لأنَّه إذا امْتَنَعَ الأخْذُ فى حَقِّ الأُمِّ والجَدِّ مع مُشارَكَتِهما للأبِ فى بعضِ المَعانِى ، فغيرُهما ممَّن لا يُشارِكُ فى ذلك أوْلَى . ويَحْتَمِلُ أن يَجُوزَ للأُمِّ ؛ لدُخُولِ وَلَدِها فى قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَوْلَادُكُمْ ﴾ .

الإنصاف

قوله : ولا مَهْرٌ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يَلْزَمُه المَهْرُ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ الأبَ لايَلْزَمُه قِيمَةُ جارِيَةِ ابنِه إذا أحْبَلَها . قال فى « الفُروعِ » : وقد ذكَر جماعَةٌ هنا ، لا يَثْبُتُ للوَلَدِ فى ذِمَّةِ أبِيه شىءٌ ، قال فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه : وهو ظاهِرُ كلامِه ، وهذا منه . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه تَلْزَمُه قِيمَتُها . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » .

قوله : ولاحَدٌّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يُحَدُّ . قال جماعَةٌ : ما لم يَنْوِ تَملُّكَها . منهم ابنُ حَمْدانَ ، فى بابِ حدِّ الزِّنا .

تنبيه : محَلُّ هذا ، إذا كان الابنُ لم يطَأْها ، فأمَّا إنْ كان الابنُ يطَؤُها ، ففى

---

(١) فى م : « بدليل قوله » .

المقنع

وَلَيْسَ لِلابْنِ مُطَالَبَةُ أَبِيهِ بِدَيْنٍ ، وَلَا قِيمَةِ مُتْلَفٍ ، وَلَا أَرْشِ جِنَايَةٍ ، وَلَا غَيْرِ ذَلِكَ .

الشرح الكبير

٢٦٢٧ - مسألة : (وليس للابنِ مُطالَبَةُ أبيه بدَيْنٍ ، ولا قِيمَةِ مُتْلَفٍ ، ولا أَرْشِ جِنايَةٍ ، ولا غيرِ ذلك) وبه قال الزُّبَيْرُ بنُ بَكّارٍ . ومُقْتَضَى قولِ سُفْيانَ بنِ عُيَيْنَةَ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ :

الإنصاف

وُجوبِ الحدِّ عليه رِوايَتان منْصُوصَتان . وأطْلَقهما فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » . قلتُ : ظاهِرُ ما قطَع بهِ المُصَنِّفُ هنا ، وفى بابِ حدِّ الزِّنا ، وفى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » وغيرِه ، أنَّه لاحَدَّ عليه ، سواءٌ كان الوَلَدُ يطَؤُها ، أو لا . وقطَع بالإطْلاقِ هناك الجُمْهورُ . قال الحارِثِىُّ هنا : ولا فَرْقَ فى انْتِفاءِ الحدِّ بينَ كَوْنِ الابنِ وَطِئَها ، أوْ لا . ذكَرَه أبو بَكْرٍ ، والسَّامَرِّىُّ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . انتهى . قلتُ : والأَوْلَى وُجوبُ الحدِّ .

قوله : وفى التَّعْزيرِ وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ؛ أحدُهما ، يُعَزَّرُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال الشَّارِحُ : هذا أَوْلَى . قال فى « الفُروعِ » : ويُعَزَّرُ فى الأصحِّ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » ، فى بابِ حدِّ الزِّنا . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يُعَزَّرُ . وقيل : يُعَزَّرُ ، وإنْ لم تحْبَلْ .

قوله : وليس للابنِ مُطالَبَةُ أبِيه بدَيْنٍ ، ولا قِيمَةِ مُتْلَفٍ ، ولا أَرْشِ جِنايَةٍ ، ولا غيرِ ذلك . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به أكثرُهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : قلتُ : ويَحْتَمِلُ أنْ يُطالِبَه بما له فى ذِمَّتِه ؛

الشرح الكبير

له ذلك ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثابتٌ ، فجازَتِ المُطالَبَةُ به ، كغيرِه . ولَنا ، أنَّ رجلًا جاء إلى النبيِّ ﷺ بأبيه يَقْتَضِيه دَيْنًا عليه ، فقال : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . رَواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[1] . وروَى الزُّبَيْرُ بنُ بَكَّارٍ فى « المُوَفَّقِيّاتِ »[2] أنَّ رجلًا اسْتَقْرَضَ مِن ابنِه[3] مالًا فحبَسه فأطال حَبْسَه ، فاسْتَعْدَى [٥/٢٥٣ظ] عليه الابنُ علىَّ بنَ أبى طالِبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وذَكَرَ قِصَّتَه فى شِعْرٍ ، فأجابَه أبوه بشِعْرٍ أيضًا ، فقال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه :

قد سَمِعَ القاضِى ومِن رَبِّى الفَهِمْ
المالُ لِلشَّيْخِ جَزاءٌ بالنِّعَمْ
يَأْكُلُه بِرَغْمِ أنفِ مَن رَغِمْ
مَنْ قال قَوْلًا غيرَ ذا فَقَدْ ظَلَمْ
وجَارَ فى الحُكْمِ وبِئْسَ ما جَرَمْ

الإنصاف

مع حاجَتِه إليه ، وغِنَى والِدِه عنه . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : ولا يُطالِبُ أباه بما ثبَت له فى ذِمَّتِه فى الأصحِّ ؛ بقَرْضٍ ، وإرْثٍ ، وبَيْعٍ ، وجِنايَةٍ ، وإتْلافٍ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ ذلك يثْبُتُ فى ذِمَّتِه ، ولكِنْ يُمْنَعُ مِنَ المُطالَبَةِ به . وهو أحدُ الوَجْهَيْن ، والمذهبُ منهما . قدَّمه فى « المُغْنِى » . وهو ظاهِرُ كلامِه

---

(١) وأخرجه ابن حبان : الإحسان ١٤٢/٢ ، ٧٤/١٠ ، ٧٥ .
(٢) الموفقيات ١١١ ، ١١٢ .
(٣) فى ر ٢ ، م : « أبيه » .

الشرح الكبير

قال الزُّبَيْرُ : إلى هذا نَذْهَبُ . ولأنَّ المالَ أحَدُ نَوْعَى الحُقُوقِ ، فلم يَمْلِكْ مُطالَبَةَ أبيه به ، كحُقُوقِ الأبْدانِ . ويُفارِقُ الأبُ غيرَه بما يَثْبُتُ له مِن الحَقِّ على وَلَدِه . فإن مات الابنُ فانْتقَلَ الدَّيْنُ إلى وَرَثَتِه ، لم يَمْلِكُوا مُطالَبَةَ الأبِ ؛ لأنَّ مَوْرُوثَهم لم يكنْ له المُطالَبَةُ ، فهم أوْلَى . فإن مات الأبُ ، فقِيلَ : يَرْجِعُ الابنُ فى تَرِكَتِه بدَيْنِه ؛ لأنَّ دَيْنَه عليه لم يَسْقُطْ عن الأبِ ، وإنَّما تَأَخَّرَتِ المُطالَبَةُ . وعن أحمدَ ، إذا مات الأبُ بَطَل دَيْنُ الابنِ . وقال ، فى مَن أخَذَ مِن مَهْرِ ابْنَتِه شيئًا فأنْفَقَه : ليس عليه شيءٌ ، ولا يُؤْخَذُ مِن بعدِه ، وما أصابت مِن المَهْرِ مِن شيءٍ بعَيْنِه أخَذَتْه . وتأوَّلَ بعضُ[1] أصحابِنا كلامَ أحمدَ على أنه أخَذَه على سَبِيلِ التَّمْليكِ ؛ لأنَّ أخْذَه له وإنْفاقَه دَلِيلٌ على قَصْدِ التَّمْليكِ ، فيَثْبُتُ المِلْكُ له بذلك الأخْذِ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى » . قال الحارِثِىُّ : ومِنَ الأصحابِ مَن يقولُ بثُبوتِ الدَّيْنِ ، وانْتِفاءِ المُطالَبَةِ ؛ منهم القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ . انتهى . واخْتارَه المَجْدُ فى « شَرْحِه » . وقدَّم فى « الفُروعِ » ، إذا أوْلَدَ أمَةَ ابنِه ، أنَّه تثْبُتُ قِيمَتُها فى ذِمَّتِه . ذكَرَه فى بابِ أُمَّهاتِ الأوْلادِ . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَثْبُتُ فى ذِمَّةِ الأبِ شيءٌ لوَلَدِه . قال الحارِثِىُّ : وهو الأصحُّ . وبه جزَم أبو بَكْرٍ ، وابنُ البَنَّا ، وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وهو المَنْصوصُ عن أحمدَ . وتأوَّلَ بعضُ الأصحابِ النَّصَّ . قال المُصَنِّفُ : ويَحْتَمِلُ أنْ يُحْمَلَ

---

(1) سقط من : م .

الإنصاف

المَنْصوصُ عن أحمدَ ؛ وهو قوْلُه : إذا ماتَ الأبُ ، بطَل دَيْنُ الابنِ . وقوْلُه ، فى مَن أخَذ مِن مَهْرِ ابْنَتِه شيئًا فأنْفَقَه : ليس عليه شىءٌ ولا يُؤْخَذُ مِن بعدِه . على أنَّ أخْذَه له ، وإنْفاقَه إيَّاه ، دليلٌ على قَصْدِ التَّمَلُّكِ . انتهى . قال الحارِثِىُّ : محَلُّ هذا فى غيرِ المُتْلَفِ ، أمَّا المُتْلَفُ ؛ فإنَّه لا يثْبُتُ فى ذِمَّتِه . وهو المذهبُ بلا إشْكالٍ . ولم يَحْكِ القاضى ، فى « رُءوسِ مَسائِله » ، فيه خِلافًا . انتهى . وأطْلَقهما فى « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » . فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، هل يَمْلِكُ الأبُ إبْراءَ نفْسِه مِنَ الدَّيْنِ ؟ قال القاضى : فيه نظَرٌ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يَمْلِكُ الأبُ إسْقاطَ دَيْنِ الابنِ عن نفْسِه . قال فى « الفُروعِ » : وذكَر غيرُ القاضى ، أنَّه لا يَمْلِكُه ؛ كإبْرائِه غَرِيمَ الابنِ وقَبْضِه منه . انتهى . ويأْتِى قريبًا ، فى « القاعِدَةِ الثَّالثةِ » ، هل يسْقُطُ الدَّيْنُ بمَوْتِ الأبِ ؟ وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ أيضًا ، أنَّه لو وجَد عَيْنَ مالِه الذى باعَه أو أقْرَضَه بعدَ مَوْتِ أبِيه ، أنَّ له أخْذَه ، إنْ لم يَكُنِ انْتقَدَ ثَمَنَه . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن . وقدَّم فى « المُغْنِى » ، كما تقدَّم ، أنَّ الأبَ إذا ماتَ ، يرْجِعُ الابنُ فى تَرِكَتِه بدَيْنِه ؛ لأنَّه لم يسْقُطْ عن الأبِ ، وإنَّما تأخَّرتِ المُطالَبَةُ به . [٢٦١/٢و] انتهى . قلتُ : هذا فى الدَّيْنِ ، ففى العَيْنِ بطريقٍ أوْلَى . (١)والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، ليس له أخْذُه(١) . وأطْلَقَهما فى « المُبْهِجِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . قال فى « المُبْهِجِ » ، و « الحارِثِىِّ » : وكذا لو وجَد بعضَه .

(١ - ١) زيادة من : ا .

الإنصاف

فوائد ؛ الأُولَى ، ليس لوَرَثَةِ الابن مُطالَبَةُ أبيه بما للابْنِ عليه مِن الدَّيْنِ وغيرِه ، كالابنِ نفْسِه ، على الصَّحيحِ مِن المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىّ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لهم المُطالَبَةُ ، وإنْ مَنَعْنا الابنَ منها . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » . وقال فى « الانْتِصارِ » ، فى مَن قتَل ابنَه : إنْ قُلْنا : الدِّيَةُ للوارِثِ . طالَبَه ، وإلَّا فلا . الثَّانيةُ ، لو أقَرَّ الأبُ بقَبْضِ دَيْنِ ابنِه ، فأنْكَرَ الابنُ ، رجَع على الغَريمِ ، ويرْجِعُ الغريمُ على الأبِ . نقَلَه مُهَنَّا . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُه ، لايرْجِعُ مع إقْرارِه . الثَّالثةُ ، لو قضَى الأبُ الدَّيْنَ [(1] الذى عليه لابنِه[1)] فى مَرَضِه ، أو أوْصَى له بقَضائِه ، كان مِن رَأْسِ المالِ ، قالَه الأصحابُ . وإنْ لم يقْضِه و لم يُوصِ به ، لم يسْقُطْ بمَوْتِه ، على أحَدِ الوَجْهَيْن . اخْتارَه بعضُهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُغْنِى » . والمَنْصوصُ عن أحمدَ ، أنَّه يسْقُطُ ، كحَبْسِه به فى الأُجْرَةِ ، فلا يثْبُتُ كجِنايَةٍ . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وجزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » . وقيل : ما أخذَه ليَمْلِكَه ، يسْقُطُ بمَوْتِه ، وما لا فلا . وتقدَّم ، إذا وجَد عَيْنَ مالِه الذى باعَه بعدَ مَوْتِ الأبِ . وتقدَّم ، هل يثْبُتُ له فى ذِمَّةِ أبيه دَيْنٌ ، أمْ لا ؟ الرَّابعَةُ ، للابنِ مُطالَبَةُ أبيه بنَفَقَتِه الواجِبَةِ عليه . قالَه الأصحابُ ، قال فى « الوَجيزِ » : له مُطالَبَتُه بها ، وحَبْسُه عليها . وهو مُسْتَثْنًى مِن عُمومِ كلامِ مَن أطْلَقَ . ويُعايَى بها . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم : للابنِ مُطالَبَةُ أبيه بعَيْنٍ له فى يَدِه . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ . الخامسةُ ،

(1 – 1) سقط من : ط .

المقنع

وَالْهَدِيَّةُ وَالصَّدَقَةُ نَوْعَانِ مِنَ الْهِبَةِ .

الشرح الكبير

٢٦٢٨ – مسألة : (والهَدِيَّةُ والصَّدَقَةُ نَوْعان مِن الهِبَةِ) الهِبَةُ[١] والعَطِيَّةُ تَشْمَلُ الكلَّ ، وكذلك النِّحْلَةُ ، ومَعانِيها كلُّها مُتَقارِبَةٌ ، إلَّا أنَّه فى الغالِبِ مَن أعْطَى شيئًا يَنْوِى به التَّقَرُّبَ إلى اللهِ تعالى للمُحْتاجِين ، سُمِّىَ صَدَقَةً ، وإن دَفَع إلى غيرِ مُحْتاجٍ للتَّقَرُّبِ والمَحَبَّةِ فهى هِبَةٌ . ومَن بَعَث على هذا الوَجْهِ[١] إلى إنْسانٍ مع غيرِه سُمِّىَ هَدِيَّةً . وكلُّ ذلك مُسْتَحَبٌّ مَنْدُوبٌ إليه . وأحْكامُ ذلك أحْكامُ الهِبَةِ ، ويُشْتَرَطُ لها ما يُشْتَرَطُ مِن الشُّرُوطِ على ما سَبَق .

الإنصاف

هل [٢]لوَلَدِ وَلَدِه[٢] مُطالَبَتُه بما له فى ذِمَّتِه ؟ قال فى « الرِّعايَةِ » : قلتُ : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . وإنْ قُلْنا : لايثْبُتُ فى ذِمَّتِه شئٌ . فهدَرٌ . انتهى . قلتُ : ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ ، أنَّ له مُطالَبَتَه .

قوله : والهَدِيَّةُ والصَّدَقَةُ نَوْعان مِنَ الهِبَةِ . يعْنِى ، فى الأحْكامِ . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قال فى « الفائقِ » : والهَدِيَّةُ والصَّدقَةُ نَوْعان مِنَ الهِبَةِ ، يَكْفِى الفِعْلُ فيهما إيجابًا وقَبُولًا ، على أصحِّ الوَجْهَيْن . وقال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : هما نَوْعا هِبَةٍ . وقيل : يَكْفِى الفِعْلُ قَبُولًا . وقيل : وإيجابًا . وقال فى « الكُبْرَى » : ويكْفِى الفِعْلُ فيهما قَبُولًا ، فى الأصحِّ ، كالقَبْضِ . وقيل : وإيجابًا ، كالدَّفْعِ . وقالا : ويصِحُّ قَبْضُهما

(١) سقط من : م .

(٢ – ٢) فى الأصل : « لولده » .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف بلا إذْنٍ ، ولا مُضِىِّ مُدَّةِ إمْكانِه ، ولا يرْجِعُ فيهما أحدٌ . وقيل : إلَّا الأبُ . وقيل : بل يرْجِعُ فى الصَّدَقَةِ فقط على وَلَدِه الرَّشيدِ ، إنْ كان قبَضَها ، وعلى الصَّغِيرِ فيما له بيَدِه منها . انتهى . ونقَل حَنْبَلٌ ، والمَرُّوذِىُّ ، لا رُجوعَ فى الصَّدَقَةِ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « عُيونِ المَسائلِ » ، وغيرِهما : لا يُعْتَبرُ فى الهَدِيَّةِ قَبُولٌ للعُرْفِ ، بخِلافِ الهِبَةِ . وقال ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » : ولا رُجوعَ فيهما لأحَدٍ ، سِوَى أبٍ .

فوائد ؛ إحْداها ، وِعاءُ الهَدِيَّةِ مع العُرْفِ ، فإنْ لم يَكُنْ عُرْفٌ ، ردَّه . قالَه فى « الفُروعِ » . قال الحارِثِىُّ : لايدْخُلُ الوِعاءُ إلَّا ماجرَتِ العادَةُ به ، كقَوْصَرَّةِ[1] التَّمْرِ ، ونحوِها . الثَّانيةُ ، قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : إنْ قصَد بفِعْلِه ثوابَ الآخِرَةِ فقط ، فهو صدَقَةٌ . وقيل : مع حاجَةِ المُتَّهِبِ . وإنْ قصَد بفِعْلِه إكْرامًا وتوَدُّدًا وتحَبُّبًا ومُكافَأَةً ، فهو هَدِيَّةٌ . قال الحارِثِىُّ : ومِن هنا اخْتَصَّتْ بالمَنْقُولاتِ ؛ لأنَّها تُحْمَلُ إليه ، فلا يُقالُ : أهْدَى أرْضًا ، ولا دارًا . انتهى . وغيرُهما هِبَةٌ وعَطِيَّةٌ ونِحْلَةٌ . وقيل : الكُلُّ عَطِيَّةٌ ، والكُلُّ مَنْدوبٌ . انتهى . وقال فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » : الهِبَةُ ، والصَّدَقَةُ ، والنِّحْلَةُ ، والهَدِيَّةُ ، والعَطِيَّةُ ، مَعانِيها مُتَقارِبَةٌ ، واسْمُ العَطِيَّةِ شامِلٌ لجميعِها ، وكذلك الهِبَةُ . والصَّدَقَةُ والهَدِيَّةُ مُتَغايِران ؛ فإنَّ النَّبِىَّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم كان يأْكُلُ مِنَ الهَدِيَّةِ دُونَ الصَّدَقَةِ[2] . فالظَّاهِرُ أنَّ مَن أعْطَى شيئًا يتَقَرَّبُ به إلى اللهِ تعالَى للمُحْتاجِ ، فهو صَدَقَةٌ ، ومَن دفَع إلى إنْسانٍ شيئًا للتَّقَرُّبِ إليه والمَحَبَّةِ له ، فهو هَدِيَّةٌ . وجميعُ ذلك مَنْدوبٌ إليه ،

---

(١) القوصرّة : وعاء للتمر .

(٢) تقدم تخريجه فى ٢٩٧/٧ .

المقنع

فَصْلٌ فِى عَطِيَّةِ الْمَرِيضِ : أَمَّا الْمَرِيضُ غَيْرَ مَرَضِ الْمَوْتِ ، أَوْ مَرَضًا غَيْرَ مَخُوفٍ كَالرَّمَدِ ، وَوَجَعِ الضِّرْسِ ، وَالصُّدَاعِ ، وَنَحْوِهِ ، فَعَطَايَاهُ كَعَطَايَا الصَّحِيحِ سَوَاءٌ ، تَصِحُّ فِى جَمِيعِ مَالِهِ .

الشرح الكبير

فصلٌ فى عَطِيَّةِ المَرِيضِ : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (أمّا المَرِيضُ غيرَ مَرَضِ المَوْتِ ، أو مَرَضًا غيرَ مَخُوفٍ ؛ كالرَّمَدِ ، ووَجَعِ الضِّرْسِ ، والصُّداعِ ، ونحوِه ، فعَطاياه كعَطايا الصَّحِيحِ سَواءٌ ، تَصِحُّ مِن جَمِيعِ مالِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ عَطايا المَرِيضِ إذا بَرَأَ مِن مَرَضِه ، أو كان مَرَضًا غيرَ مَخُوفٍ كالذى ذَكَرَه ، وكذلك ما فى مَعْناه ؛ كالجَرَبِ ، والحُمَّى اليَسِيرَةِ ساعَةً أو نحوَها ، والإسْهالِ اليَسِيرِ مِن غيرِ دَمٍ ، فعَطاياه مثلُ عَطايا الصَّحِيحِ ؛ لأنَّه لا يُخافُ منه فى العادَةِ .

الإنصاف

مَحْثُوثٌ عليه . انتهى . الثَّالثةُ ، لو أُعْطِىَ شيئًا ، مِن غيرِ سُؤالٍ ، ولا إشْرافٍ ، وكان ممَّن يجوزُ له أخْذُه ، وجَب عليه الأخْذُ . فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . اخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « التَّنبِيهِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ؛ للحَديثِ فى ذلك[1] . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يجِبُ . قال الحارِثِىُّ : وهو مُقْتَضَى كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه مِنَ الأصحابِ . قالوا فى الحَجِّ : لا يكونُ مُسْتَطِيعًا ببَذْلِ غيرِه له . وفى الصَّلاةِ : لا يَلْزَمُه قَبُولُ السُّتْرَةِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وذكَر الرِّوايتَيْن الخَلَّالُ فى « جامِعِه » ، والمَجْدُ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقهما الحارِثِىُّ .

قوله : أمَّا المَرِيضُ غيرَ مَرَضِ المَوْتِ ، أو مَرَضًا غيرَ مَخُوفٍ ، فعَطاياه كعَطايا

---

(١) تقدم تخريجه فى ٧/٢٢٧ .

المقنع

وَإِنْ كَانَ مَرَضَ الْمَوْتِ الْمَخُوفَ ؛ كَالْبِرْسَامِ ، وَذَاتِ الْجَنْبِ ، وَالرُّعَافِ الدَّائِمِ ، [١٥٨و] وَالْقِيَامِ الْمُتَدَارِكِ ، وَالْفَالِجِ فِى

الشرح الكبير

٢٦٢٩ - مسألة : (وإن كان مَرَضَ المَوْتِ المَخُوفَ ، كالبِرْسامِ) وهو بُخارٌ يَرْتَقِى إلى الرَّأْسِ ، ويُؤَثِّرُ فى الدِّماغِ ، فيَخْتَلُّ عَقْلُ صاحِبِه (وذاتِ الجَنْبِ) وهو قَرْحٌ بباطِنِ الجَنْبِ ، ووَجَعِ القَلْبِ والرِّئَةِ ، [٢٠٤/٥و] فإنَّها لا تَسْكُنُ حَرَكَتُها ، فلا يَنْدَمِلُ جُرْحُها (والرُّعافِ الدّائِمِ) فإنَّه يُصَفِّى الدَّمَ فيُذْهِبُ القُوَّةَ ، والقُولَنْجِ ، وهو أن يَنْعَقِدَ الطَّعامُ فى بعضِ الأَمْعاءِ[1] ولا يَنْزِلَ عنه ، فهذه مَخُوفَةٌ وإن لم يكنْ معها حُمَّى ، وهى مع الحُمَّى أشَدُّ خَوْفًا . وإن ثاوَرَه[2] الدَّمُ واجْتَمَعَ فى عُضْوٍ ، كان مَخُوفًا ؛ لأَنَّه مِن الحَرارَةِ المُفْرِطَةِ . وإن هاجَتْ به الصَّفْراءُ ، فهى مَخُوفةٌ ؛ لأَنَّها تُورِثُ يُبُوسَةً ، وكذلك البَلْغَمُ إذا هاج ؛ لأَنَّه مِن شِدَّةِ البُرُودَةِ ، وقد تَغْلِبُ على الحَرارَةِ الغَرِيزِيَّةِ فَتُطْفِئُها . والطّاعُونُ مَخُوفٌ ؛ لأَنَّه مِن شِدَّةِ الحَرارَةِ ، إلَّا أنه يكونُ فى جَمِيعِ

الإنصاف

الصَّحيحِ سَواءٌ ، تَصِحُّ فى جَمِيعِ مالِه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ولو ماتَ به . وقال أبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » ، فى التَّيَمُّمِ : حُكْمُه حُكْمُ مَرَضِ المَوْتِ المَخُوفِ .

فائدة : لو لم يَكُنْ مَرَضُه مَخُوفًا حالَ التَّبَرُّعِ ، ثم صارَ مَخُوفًا ، فمِن رَأْسِ المالِ . حكاه [٢٦١/٢ظ] السَّامَرِّىُّ ، واقْتصر عليه الحارِثِىُّ ؛ اعْتِبارًا بحالِ العَطِيَّةِ .

---

(١) فى النسخ : « الأعضاء » والمثبت كما فى المغنى ٤٩٠/٨ .

(٢) فى م : « ثار » .

المقنع

ابْتِدَائِه ، وَالسُّلِّ فِى انْتِهَائِه ، وَمَا قَالَ عَدْلَانِ مِنْ أَهْلِ الطِّبِّ : إِنَّهُ مَخُوفٌ ، ....

الشرح الكبير

البَدَنِ . وأمّا الإِسْهالُ ، فإن كان مُتحَرِّكًا لا يُمْكِنُه إمْساكُه ، فهو مَخُوفٌ وإن كان ساعَةً ؛ لأنَّ مَن لَحِقَه ذلك أسْرَعَ فى هَلاكِه . وإن كان يَجْرِى تارَةً ويَنْقَطِعُ أُخْرَى ، فإن كان يَوْمًا أو يَوْمَيْن فليس بمَخُوفٍ ؛ لأنَّ ذلك قد يكونُ مِن فَضْلَةِ الطَّعامِ ، إلَّا أن يكونَ معه زَحِيرٌ[1] أو تَقْطِيعٌ ، كأنَّه يَخْرُجُ مُتَقَطِّعًا ، فإنَّه يكونُ مَخُوفًا ؛ لأنَّ ذلك يُضْعِفُ . وإن دام الإِسْهالُ فهو مَخُوفٌ ، سَواءٌ كان معه ذلك أو لم يكنْ (و) كذلك (الفَالِجُ[2] فى ابْتِدائِه ؛ والسُّلُّ فى انْتِهائِه) والحُمَّى المُطْبِقَةُ . وما أشْكَلَ مِن ذلك رُجِع فيه إلى قولِ عَدْلَيْن مِن الأَطِبّاءِ ؛ لأنَّهم أهْلُ الخِبْرَةِ بذلك . ولا يُقْبَلُ قولُ واحِدٍ ؛ لأنَّه يتَعَلَّقُ به حَقُّ الوارِثِ والمُعْطِى . وقِياسُ قولِ الخِرَقِىِّ ،

الإنصاف

تنبيه : مفهومُ قوْلِه : وما قال عَدْلان مِن أهلِ الطِّبِّ : إنَّه مَخُوفٌ . فعَطاياه كالوَصِيَّةِ . أنَّه لا يُقْبَلُ فى ذلك عَدْلٌ واحِدٌ مُطْلَقًا . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . وقيل : يُقْبَلُ واحِدٌ عندَ العَدَمِ . وهو قِياسُ قَوْلِ الخِرَقِىِّ[3] . وذكَر ابنُ رَزِينٍ ، المَخُوفَ عُرْفًا ، أو بقَوْلِ عَدْلَيْن .

---

(١) الزحير : تبرز متقطع معظمه دم ومخاط ويصحبه ألم وتعنٍّ .

(٢) الفالج : شلل يصيب أحد شقى الجسم طولا .

(٣) سقط من : الاصل .

الشرح الكبير

أنه يُقْبَلُ قولُ واحِدٍ عَدْلٍ ، إذا لم يُقْدَرْ على طَبِيبَيْن . فهذا الضَّرْبُ وما أشْبهَه ، عَطاياه صَحِيحَةٌ ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أوْصَى حينَ جُرِح فسَقاه الطَّبِيبُ لَبَنًا فخَرَجَ مِن جُرْحِه ، فقال له الطَّبِيبُ : اعْهَدْ إلى النّاسِ . فعَهِدَ إليهم ووَصَّى[1] . فاتَّفَقَ الصحابةُ على قَبُولِ عَهْدِه ووَصِيَّتِه . وكذلك أبو بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، عَهِد إلى عُمَرَ حينَ اشْتَدَّ مَرَضُه ، فَنَفَذَ عَهْدَه .

فصل : فإن كان المَرِيضُ يَتَحَقَّقُ تَعْجِيلُ مَوْتِه ، فإن كان عَقْلُه قد اخْتَلَّ ، مثلَ مَن ذُبِح ، أو أُبِينَتْ حَشْوَتُه ، فلا حُكْمَ لكَلامِه ولا لعَطِيَّتِه . وإن كان ثابِتَ العَقْلِ ، كمَن خُرِقَتْ حَشْوَتُه ، أو اشْتَدَّ مَرَضُه ولم يَتَغَيَّرْ عَقْلُه ، صَحَّ تَصَرُّفُه وعَطِيَّتُه ؛ لِما ذَكَرْنا مِن حديثِ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وكذلك علىٌّ ، رَضِى اللهُ عنه ، بعدَ ضَرْبِ ابنِ مُلْجِمٍ ، وَصَّى وأمَرَ ونَهَى[2] . ولم يُخْتَلَفْ فى صِحَّةِ ذلك .

٢٦٣٠ – مسألة : (فعَطاياه كالوَصِيَّةِ فى أنَّها لا تَصِحُّ لوارِثٍ ، ولا

الإنصاف

قوله : فعَطاياه كالوَصِيَّةِ فى أنَّها لا تجوزُ لوارِثٍ ، ولا تجوزُ لأجْنَبِىٍّ بزِيادَةٍ على الثُّلُثِ ، إلَّا بإجازَةِ الوَرَثَةِ ؛ مثلَ الهِبَةِ والعِتْقِ والكِتابَةِ والمُحاباةِ . يعْنِى ، إذا ماتَ مِن ذلك . أمَّا إذا عُوفِىَ ، فهذه العَطايا كعَطايا الصَّحيحِ .

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب ما جاء فى قبر النبى ﷺ وأبى بكر وعمر ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب قصة البيعة والاتفاق على عثمان ، من كتاب فضائل أصحاب النبى ﷺ . صحيح البخارى ١٢٨/٢ ، ١٢٩ ، ٢٠/٥ ، ٢١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢/١ .

(٢) أخرجه الطبرانى فى : المعجم الكبير ٥٩/١ ، ٦٠ .

المقنع

بِزِيَادَةٍ عَلَى الثُّلُثِ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، مِثْلَ الْهِبَةِ وَالْعِتْقِ وَالْكِتَابَةِ وَالْمُحَابَاةِ .

الشرح الكبير

لأَجْنَبِىٍّ بزِيادَةٍ على الثُّلُثِ إلَّا بإجازَةِ الوَرَثَةِ ؛ كالهِبَةِ ، والعِتْقِ ، [٥/٢٥٤ظ] والكِتابةِ ، والمُحاباةِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ التَّبَرُّعاتِ المُنْجَزَةَ ؛ كالعِتْقِ ، والمُحاباةِ ، والهِبَةِ المَقْبُوضَةِ ، والصَّدَقَةِ ، والوَقْفِ ، والإِبْراءِ مِن الدَّيْنِ ، والعَفْوِ عن الجِنايَةِ المُوجِبَةِ للمالِ ، والكِتابَةِ ، إذا كانت فى الصِّحَّةِ ، فهى مِن رَأْسِ المالِ . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . وإن كانت فى مَرَضٍ مَخُوفٍ اتَّصَلَ به المَوْتُ ، فهى مِن ثُلُثِ المالِ ، فى قولِ الجُمْهُورِ . وحُكِىَ عن أهلِ الظّاهِرِ فى الهِبَةِ المَقْبُوضَةِ ، أنَّها مِن رَأْسِ المالِ . ولَنا ، ما روَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُم عِنْدَ وَفاتِكُم بثُلُثِ أمْوالِكُم ، زِيادَةً لَكُم فى أعْمالِكُم » . رَواه ابنُ ماجه[1] . وهذا يَدُلُّ بمَفْهُومِه على أنَّه ليس له أكْثَرُ مِن الثُّلُثِ . وروَى عِمْرانُ بنُ حُصَيْنٍ ، أنَّ رجلًا أعْتَقَ سِتَّةَ أعْبُدٍ[2] له فى مَرَضِه ، لا مالَ له غيرُهم ، فاسْتَدْعاهم رسولُ اللهِ ﷺ ، فجَزَّأهم ثلاثةً

الإنصاف

تنبيه : تَمْثِيلُه بالعِتْقِ مع غيرِه ، يدُلُّ على أنَّه كغيرِه فى أنَّه يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وخرَّج ابنُ عَقِيلٍ ، والحَلْوانِىُّ ، مِن مُفْلِسٍ ، رِوايَةً هنا بنَفاذِ عِتْقِه مِن كلِّ المالِ .

---

(١) فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٤/٢ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤٩١/٢ .

(٢) بعده فى ر ٢ : « مملوكين » .

الشرح الكبير

أجْزاءٍ وأقْرَعَ بينَهم ، فأعْتَقَ اثْنَيْن وأرَقَّ أرْبَعَةً . رَواه مسلمٌ[1] . وإذا لم يَنْفُذِ العِتْقُ مع سِرايَتِه ، فغيرُه أوْلَى . ولأنَّ هذه الحالَ الظّاهِرُ منها المَوْتُ ، فكانت عَطِيَّتُه فيها فى حَقِّ وَرَثَتِه لا تَتَجاوَزُ الثُّلُثَ ، كالوَصِيَّةِ .

فصل : وحُكْمُ العَطايا فى مَرَضِ المَوْتِ حُكْمُ الوَصِيَّةِ فى خَمْسَةِ أشياءَ ؛ أحَدُها ، أن يَقِفَ نُفُوذُها على خُرُوجِها مِن الثُّلُثِ ، أو[2] إجازَةِ الوَرَثَةِ . الثانِى ، أنَّها لا تَصِحُّ للوارِثِ إلَّا بإجازَةِ الوَرَثَةِ . الثالثُ ، أنَّ فَضِيلَتَها ناقِصَةٌ عن فَضِيلةِ الصَّدَقَةِ فى الصِّحَّةِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ سُئِل عن

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو علَّق صَحيحٌ عِتْقَ عَبْدِه على شَرْطٍ ، فوُجِدَ الشَّرْطُ فى مرَضِه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يكونُ مِنَ الثُّلُثِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . واخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبى مُوسى ، وغيرُهما . وقيل : يكونُ مِن كلِّ المالِ . وحكاهما القاضى فى « خِلافِه » رِوايتَيْن . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةَ عَشْرَةَ بعدَ المِائَةِ » . ومَحَلُّ الخِلافِ ، إذا لم تَكُنِ الصِّفَةُ واقِعَةً باخْتِيارِ المُعَلِّقِ ، فإنْ

(1) فى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٨/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من أعتق عبيدا له لم يبلغهم الثلث ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٥٣/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٢١/٦ ، ١٢٢ . والنسائى ، فى : باب الصلاة على من يحيف فى وصيته ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥١/٤ ، ٥٢ . والإمام مالك ، فى : باب من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٤٤/٢ مرسلا . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢٦/٤ ، ٤٢٨ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٨ – ٤٤٠ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ .

(2) فى م : « و » .

الشرح الكبير

أفْضَلِ الصَّدَقَةِ ، قال : « أنْ تَصَدَّقَ وأنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ تأْمُلُ الغِنَى وتَخْشَى الفقْرَ ، ولا تُمْهِلْ حَتَّى إذَا بَلَغَتِ الحُلْقُومَ قُلْتَ : لِفُلانٍ كَذَا ، ولِفُلانٍ كَذا ، وقَدْ كان لِفُلانٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . الرابعُ ، أنَّ العَطايا تَتَزاحَمُ فى الثُّلُثِ إذا وَقَعَتْ دَفْعَةً واحِدَةً ، كتَزاحُمِ الوَصايا فيه . الخامسُ ، أنَّ خُرُوجَها مِن الثُّلُثِ يُعْتَبَرُ حالَ المَوْتِ لا قبلَه ولا بعدَه .

الإنصاف

كانتْ مِن فِعْلِه ، فهو مِنَ الثُّلُثِ ، بغيرِ خِلافٍ . الثَّانيةُ ، المُحاباةُ لغيرِ وارِثٍ مِنَ الثُّلُثِ . كما قال المُصَنِّفُ . لكِنْ لو حاباه فى الكِتابَةِ ، جازَ ، وكان مِن رَأْسِ المالِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وذكَرَه القاضى فى مَوْضِعٍ مِن كلامِه ، وأبو الخَطَّابِ فى « رُءُوسِ المَسائلِ » . قال الحارِثِىُّ : وهذا المذهبُ عندَ جَماعَةٍ ؛ منهم القاضى أبو الحُسَيْنِ ، وأبو يَعْلَى الصَّغِيرُ ، والمَجْدُ ، وهو أصحُّ . انتهى . وقيل : مِنَ الثُّلُثِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ هنا ، والقاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وأبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، والسَّامَرِّىُّ فى « المُسْتَوْعِبِ » . قلت : وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . واخْتلف فيها كلامُ أبى الخَطَّابِ . وكذا حُكْمُ وَصِيَّته بكِتابَتِه ، وإطْلاقُها يَقْتَضِى أنْ تكونَ بقِيمَتِه .

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب الصدقة عند الموت ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ١٣٦/٢ ، ١٣٧ ، ٥/٤ . ومسلم ، فى : باب بيان أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧١٦/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى كراهية الإضرار فى الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ١٠٢/٢ . والنسائى ، فى : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥١/٥ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الإمساك فى الحياة والتبذير عند الموت ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣١/٢ ، ٢٥٠ ، ٤١٥ ، ٤٤٧ .

المقنع

فَأَمَّا الْأَمْرَاضُ الْمُمْتَدَّةُ ؛ كَالسُّلِّ ، وَالْجُذَامِ ، وَالْفَالِجِ فِى دَوَامِهِ ، فَإِنْ صَارَ صَاحِبُهَا صَاحِبَ فِرَاشٍ فَهِىَ مَخُوفَةٌ ، وَإِلَّا فَلَا ، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّ عَطِيَّتَهُ مِنَ الثُّلُثِ .

الشرح الكبير

٢٦٣١ - مسألة : (فأمّا الأمراضُ المُمْتَدَّةُ ؛ كالجُذامِ) وحُمَّى الرِّبْعِ[1] (والسُّلِّ) فى ابْتِدائِه (والفالِجِ فى دَوامِه ، فإن صار صاحِبُها صاحِبَ فِراشٍ فهى مَخُوفةٌ ، وإلَّا فلا) قال القاضى : إذا كان يَذْهَبُ ويَجِيءُ ، فعَطاياه مِن جَميعِ المالِ ، هذا تَحْقِيقُ المَذْهَبِ . وقد روَى حَرْبٌ ، عن أحمدَ ، فى وَصِيَّةِ المَجْذُومِ والمَفْلُوجِ : مِن الثُّلُثِ . وهو مَحْمُولٌ على أنَّه صار صاحِبَ فِراشٍ . [٥/٢٥٥و] وبه يقولُ الأوْزاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالِكٌ ، وأبو حنيفةَ ، وأصحابُه ، وأبو ثَوْرٍ . وذكر أبو بكرٍ وَجْهًا آخَرَ ، أنَّ عَطايا هؤلاء مِن المالِ كلِّه . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه لا يُخافُ تَعْجِيلُ المَوْتِ فيه ، وإن كان لا يَبْرأُ منه فهو كالهَرِمِ . ولَنا ، أنَّه مَرِيضٌ صاحِبُ فِراشٍ يَخْشَى التَّلَفَ ، أشْبَهَ صاحِبَ الحُمَّى الدّائِمةِ ، وأمّا الهَرِمُ فإن صار صاحِبَ فِراشٍ ، فهو كمَسْألَتِنا .

الإنصاف

قوله : فأمَّا الأمْراضُ المُمْتَدَّةُ ؛ كالسُّلِّ ، والجُذامِ ، والفالِجِ فى دَوامِه ، فإنْ صارَ صاحِبُها صاحِبَ فِراشٍ ، فهى مَخُوفَةٌ - بلا نِزاعٍ - وإلَّا فلا . يعْنِى ، وإنْ لم يَصِرْ صاحِبُها صاحِبَ فِراشٍ ، فعَطاياه كعَطايا الصَّحيحِ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ،

---

(١) حمى الربع : هى التى تعرض للمريض يوما وتدعه يومين ثم تعود إليه فى اليوم الرابع .

المقنع

وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ عِنْدَ الْتِحَامِ الْحَرْبِ ، أَوْ فِى لُجَّةِ الْبَحْرِ عِنْدَ هَيَجَانِهِ ، أَوْ وَقَعَ الطَّاعُونُ بِبَلَدِهِ ، أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَصَّ مِنْهُ ، وَالْحَامِلُ عِنْدَ الْمَخَاضِ ، فَهُوَ كَالْمَرِيضِ . وَقَالَ الْخِرَقِىُّ : وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ إِذَا صَارَ لَهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ . وَقِيلَ عَنْ أَحْمَدَ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ عَطَايَا هَؤُلَاءِ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ .

الشرح الكبير

٢٦٣٢ – مسألة : (ومَن كان بينَ الصَّفَّيْنِ عندَ التِحامِ الحَرْبِ ، أو فى لُجَّةِ البَحْرِ عندَ هَيَجانِه ، أو وَقع الطّاعُونُ ببَلَدِه ، أو قُدِّم لِيُقْتَصَّ منه ، والحامِلُ عندَ المَخاضِ ، فهو كالمَرِيضِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الخَوْفَ يَحْصُلُ فى هذه المواضِعِ الخَمْسَةِ المَذْكُورَةِ ، فيَقُومُ مَقامَ[1] المَرَضِ ؛ أحَدُها ، إذا الْتَحَمَ الحَرْبُ واخْتَلَطَتِ الطّائِفَتان للقِتالِ ، وكانت كلُّ واحِدَةٍ منهما مُكافِئَةً للأُخْرَى أو مَقْهُورَةً . فأمّا القاهِرَةُ منهما بعدَ ظُهُورِها فليست خائِفَةً . وكذلك إذا لم يَخْتَلِطُوا ، بل كانت كلُّ واحِدَةٍ منهما مُتَمَيِّزَةً ، سَواءٌ كان بينَهما رَمْىُ السِّهامِ أو لم يكُنْ ، فليست حالَةَ

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه الزَّرْكَشِىُّ وغيرُه . وقال أبو بَكْرٍ فى « الشَّافِى » : فيه وَجْهٌ آخَرُ ؛ أنَّ عَطِيَّتَه مِنَ الثُّلُثِ . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ .

قوله : ومَن كان بينَ الصَّفَّيْنِ عندَ التِحامِ الحَرْبِ ، أو فى لُجَّةِ البَحْرِ عندَ هَيَجانِه ، أو وقَع الطَّاعُونُ ببَلَدِه ، أو قُدِّمَ لِيُقْتَصَّ مِنه ، والحامِلُ عندَ المَخاضِ ، فهو

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

خَوْفٍ . ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ الطّائِفَتَيْن مُتَّفِقَتَيْن فى الدِّينِ أوْ لا . وبه قال مالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ . ونحوُه عن مَكْحُولٍ . وعن الشافعىِّ قَوْلان ؛ أحَدُهما ، كقولِ الجماعَةِ . والثانِى ، ليس بخَوْفٍ ؛ لأنَّه ليس بمَرِيضٍ[1] . ولَنا ، أنَّ تَوَقُّعَ التَّلفِ هٰهُنا كتَوَقُّعِ المَرَضِ أو أكْثَرَ ، فوَجَبَ أن يُلْحَقَ به ، ولأنَّ المَرَضَ إنَّما جُعِل مَخُوفًا لخَوْفِ صاحِبِه التَّلَفَ ، وهذا كذلك . قال أحمدُ : إذا حَضَر القِتالَ كان عِتْقُه مِن الثُّلُثِ . وعنه ، إذا الْتَحَمَ الحَرْبُ فوَصِيَّتُه مِن المالِ كلِّه ، لكنْ يَقِفُ الزَّائِدُ عن الثُّلُثِ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ، فإنَّ حُكْمَ وَصِيَّةِ الصَّحِيحِ وخائِفِ التَّلَفِ واحِدٌ ، فيَحْتَمِلُ أن يُجْعَلَ هذا رِوايَةً ثانيةً ، وسَمَّى العَطِيَّةَ وَصِيَّةً تَجَوُّزًا ؛ لكَوْنِها فى حُكْمِ الوَصِيَّةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ على حَقِيقَتِه فى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ مِن المالِ كلِّه . الثانيةُ ، إذا قُدِّمَ لِيُقْتَلَ ، فهى حالةُ خَوْفٍ ، سَواءٌ أُرِيدَ قَتْلُه للقِصاصِ أو لغيرِه . وللشافعىِّ فيه قَوْلان ؛ أحَدُهما ، هو مَخُوفٌ .

الإنصاف

كالمَرِيضِ . يعْنِى المَرِيضَ المَرَضَ المَخُوفَ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ فى الجُمْلَةِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل عن أحمدَ ما يدُلُّ على أنَّ عَطايا هؤلاءِ مِنَ المالِ كلِّه ، وذكَر كثيرٌ مِنَ الأصحابِ هذه الرِّوايَةَ مِن غيرِ صِيغَةِ تَمْرِيضٍ . وقال الشَّارِحُ وغيرُه : ويَحْتَمِلُ أنَّ الطَّاعُونَ إذا وقَع ببَلَدِه ، أنَّه ليس بمَخُوفٍ ؛ فإنَّه ليس بمَرِيضٍ ، وإنَّما يَخافُ المَرَضَ . وما هو ببَعِيدٍ . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » :

---

(1) فى م : « بمرض » .

....

.

الشرح الكبير

والثانى ، إن جُرِح فهو مَخُوفٌ ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّه صَحِيحُ البَدَنِ ، والظَّاهِرُ العَفْوُ عنه . ولَنا ، أنَّ التَّهْدِيدَ بالقَتْلِ جُعِل إكْراهًا يَمْنَعُ وُقُوعَ الطَّلاقِ وصِحَّةَ البَيْعِ ، ويُبِيحُ كَثِيرًا مِن المُحَرَّماتِ ، ولولا الخَوْفُ لم تَثْبُتْ هذه الأحْكامُ ، وإذا حُكِم للمَرِيضِ وحاضِرِ الحَرْبِ بالخَوْفِ مع ظُهُورِ السَّلامَةِ وبُعْدِ وُجُودِ التَّلَفِ ، فمع ظُهُورِ التَّلَفِ وقُرْبِه أوْلَى ، ولا عِبْرَةَ بصِحَّةِ البَدَنِ ، فإنَّ المَرَضَ [٥/٢٥٥ظ] لم يكنْ مُثْبِتًا لهذا الحُكْمِ لعَيْنِه ، بل لخَوْفِ إفضائِه إلى التَّلَفِ ، فيَثْبُتُ الحُكْمُ هـٰهُنا بطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ، لظُهُورِ التَّلَفِ . الثالثةُ ، إذا رَكِب البَحْرَ ، فإن كان ساكِنًا ، فليس بمَخُوفٍ ، وإنِ اضْطَرَبَ وهَبَّتِ الرِّيحُ العاصِفُ ، فهو مَخُوفٌ ، وقد وَصَفَهم اللهُ تعالى بشِدَّةِ الخَوْفِ ، فقال تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ ﴾ الآية إلى قَوْلِه : ﴿ جَآءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَآءَهُمُ ٱلْمَوْجُ مِن كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوٓا۟ أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ ﴾[1] . الرابعةُ ، الأسِيرُ [2]والمَحْبُوسُ[2] إذا كان مِن عادَتِهم القَتْلُ ، فهو خائِفٌ ، عَطِيَّتُه مِن الثُّلُثِ ، وإلَّا فلا . وهذا قولُ أبى

الإنصاف

إنْ كان الغالِبُ مِنَ الوَلِيِّ الاقْتِصاصَ ، فمَخُوفٌ ، وإنْ كان الغالِبُ منه[3] العَفْوَ ، فغيرُ مَخُوفٍ .

تنبيه : قوْلُه : ومَن كان بينَ الصَّفَّيْن عندَ التِحامِ الحَرْبِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وغيرُهم : إذا الْتَحَم الحربُ ، واخْتلَطَتِ

---

(١) سورة يونس ٢٢ .

(٢ - ٢) فى الأصل : « المحبوس » .

(٣) سقط من : ط .

الشرح الكبير

حنيفةَ ، ومالِكٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وقال الحَسَنُ لَمّا حَبَسَ الحَجّاجُ إياسَ بنَ مُعاوِيَةَ : ليس له مِن مالِه إلَّا الثُّلُثُ . وقال أبو بكرٍ : عَطِيَّةُ الأسِيرِ مِن الثُّلُثِ . ولم يُفَرِّقْ . وبه قال الزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ . وحَكاه ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ . وتَأَوَّلَ القاضِى ما رُوِىَ ، وهو على ما ذَكَرْناه مِن التَّفْصِيلِ ابْتِداءً . وقال الشَّعْبِىُّ ، ومالِكٌ : الغازِى عَطِيَّته مِن الثُّلُثِ . وقال مَسْرُوقٌ : إذا وَضَع رِجْلَه فى الغَرْزِ . وقال الأوْزاعِىُّ : المَحْصُورُ فى سِبيلِ اللهِ والمَحْبُوسُ يَنْتَظِرُ القَتْلَ ، هو فى ثُلُثِه . والصَّحِيحُ ، إن شاء الله ، ما ذَكَرْناه مِن التَّفْصِيلِ ؛ لأنَّ مُجَرَّدَ الحَبْسِ والأسْرِ مِن غيرِ خَوْفِ القَتْلِ ، ليس بمَرَضٍ ، ولا هو فى مَعْنَى المَرَضِ فى الخَوْفِ ، فلم يَجُزْ إلحاقُه به ، وإذا كان المَرِيضُ الذى لا يَخافُ التَّلَفَ ، عَطِيَّته مِن رَأْسِ مالِه ، فغيرُه أوْلَى . الخامسةُ ، إذا وَقَع الطّاعُونُ ببَلَدِه ، فعن أحمدَ ، أنَّه مَخُوفٌ . ويَحْتَمِلُ أنَّه ليس بمَخُوفٍ ، فإنَّه ليس بمَرِيضٍ ، وإنَّما يَخافُ المَرَضَ .

الإنصاف

الطَّائِفَتان للقِتالِ ، وكانتْ كلُّ واحِدَةٍ منهما مُكافِئَةً للأُخْرَى أو مَقْهُورَةً ، فأمَّا القاهِرَةُ منهما بعدَ ظُهورِها[1] ، فليستْ خائِفَةً .

قوله : قالَ الخِرَقِىُّ : وكذلك الحامِلُ إذا صارَ لها سِتَّةُ أشْهُرٍ . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . وقدَّمه الحارِثِىُّ ، وقال : هذا المذهبُ . انتهى . والمذهبُ الأوَّلُ ، عندَ الأصحابِ . ونصَّ عليه . ولو قال المُصَنِّفُ : وقال الخِرَقِىُّ . بالواوِ ، لكان أوْلَى .

---

(١) فى الأصل : « ظهور » .

الشرح الكبير

فصل : وكذلك الحامِلُ عندَ المَخاضِ ؛ لأنَّه يَحْصُلُ لها أَلَمٌ شَدِيدٌ يُخافُ منه التَّلَفُ ، أَشْبَهَتْ سائِرَ أصحابِ الأمْراضِ المَخُوفةِ ، وما قبلَ ذلك فلا أَلَمَ بها ، فلا يكونُ مَخُوفًا (وقال الخِرَقِيُّ : وكذلك الحامِلُ إذا صار لها سِتَّةُ أشْهُرٍ) يَعْنِي عَطِيَّتَها مِن الثُّلُثِ . وبه قال مالكٌ . وقال إسحاقُ : إذا ثَقُلَتْ لا يَجُوزُ لها إلَّا الثُّلُثُ . ولم يَحُدَّ حَدًّا . وحَكاهُ ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ . وقال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وعَطاءٌ ، وقَتادَةُ : عَطِيَّةُ الحامِلِ مِن الثُّلُثِ . وقال أبو الخَطّابِ : عَطِيَّتُها مِن المالِ كلِّه ما لم يَضْرِبْها المَخاضُ ، فإذا ضَرَبَها المَخَاضُ ، فعَطِيَّتُها مِن الثُّلُثِ . وبه قال النَّخَعِيُّ ، ومَكْحُولٌ ، ويَحْيَى الأنْصارِيُّ ، والأوْزاعِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، والعَنْبَرِيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعيِّ ؛ لأنَّها لا تَخافُ إلَّا إذا ضَرَبَها الطَّلْقُ ، فأشْبَهَتْ صاحِبَ الأمْراضِ المُمْتَدَّةِ قبلَ أن يَصِيرَ [٥/٢٥٦و]

الإنصاف

وعنه ، إذا أثْقَلَتِ الحامِلُ ، كان مَخُوفًا ، وإلَّا فلا . قال في « الرِّعايَةِ » : وعندَ ثِقَلِ الحَمْلِ ، وعندَ الطَّلْقِ .

قوله : والحامِلُ عندَ المَخاضِ . يعْنِي ، حتى تَنْجُوَ مِن نِفاسِها ، بلا نِزاعٍ . قيل : سواءٌ كان بها أَلَمٌ في هذه المُدَّةِ ، أو لا . قدَّمه في « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وهو ظاهِرُ كلامِه في « الصُّغْرَى » ، و « الحاوِي الصَّغِيرِ » . قال الحارِثِيُّ : وهو المَنْصوصُ . وقيل : إنَّما يكونُ مَخُوفًا في هذه المُدَّةِ ، إذا كان بها أَلَمٌ قال في « الفُروعِ » : هذا أشْهَرُ . قال في « الكافِي » : ولو وضَعَتْ ، وبَقِيَتْ معها المَشِيمَةُ ، أو حصَل مرَضٌ ، أو ضَرَبانٌ ، فمَخُوفٌ ، وإلَّا فلا . قال الحارِثِيُّ : الأقْوَى أنَّه إنْ لم يَكُنْ وجَعٌ ، فغيرُ مَخُوفٍ .

الشرح الكبير

صاحِبَ فِراشٍ . وقال الحَسَنُ ، والزُّهْرِيُّ : عَطِيَّتُها كعَطِيَّةِ الصَّحِيحِ . وهو القولُ الثانِى للشافعيِّ ؛ لأنَّ الغالِبَ سلامَتُها . ووَجْهُ قولِ الخِرَقِيِّ ، أنَّ سِتَّةَ الأشْهُرِ وَقْتٌ يُمْكِنُ الوِلادَةُ فيه ، وهو مِن أسْبابِ التَّلَفِ . والصَّحِيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى ، ما ذَكَرْناه ، مِن أنَّه إذا ضَرَبَها الطَّلْقُ كان مَخُوفًا ، بخِلافِ ما قبلَ ذلك ؛ لأنَّه لا ألَمَ بها ، واحْتِمالُ وُجودِه خِلافُ العادَةِ ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ باحْتِمالِه البَعِيدِ مع عَدَمِه ، كالصَّحِيحِ . وقِيلَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّ عَطايا هؤلاءِ مِن المالِ كلِّه ؛ لأنَّه لا مَرَضَ بهم . وقد ذَكَرْنا الخِلافَ فى ذلك .

فصل : فأمّا بعدَ الوِلَادَةِ ، فإن بَقِيَتِ المَشِيمَةُ معها ، فهو مَخُوفٌ ،

الإنصاف

واخْتارَه [٢٦٢/٢و] المُصَنِّفُ .

فوائد ؛ منها ، حُكْمُ السِّقْطِ حُكْمُ الوَلَدِ التَّامِّ . قالَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وغيرُه . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنْ ولَدَتْ صَغِيرًا ، أو بَقِىَ مرَضٌ ، أو وَجَعٌ وضَرَبانٌ شديدٌ ، أو رأَتْ دمًا كثيرًا ، أو ماتَ الوَلَدُ معها ، أو قُتِلَ ، وقيل : أو أَسْقَطَتْ وَلَدًا تامًّا . فهو مَخُوفٌ . انتهى . وإنْ وَضَعَتْ مُضْغَةً ، فعطَاياها كعَطايا الصَّحيحِ . (١على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : فعَطاياها كعَطايا الصَّحيحِ ، إلَّا مع أَلَمٍ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، بعدَ أنْ قدَّم أنَّ عطَاياها كعَطايا الصَّحيحِ ١) : وقيل : أو وضَعَتْ مُضْغَةً ، أو عَلَقَةً ، مع أَلَمٍ أو مَرَضٍ . وقيل :

(١ - ١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

وإن ماتَ الوَلَدُ معها ، فهو مَخُوفٌ ؛ لأنَّه يَصْعُبُ خُرُوجُه . فإن وَضَعَتِ الوَلَدَ وخَرَجَتِ المَشِيمَةُ ، فحَصَلَ ثَمَّ وَرَمٌ أو ضَرَبانٌ شَدِيدٌ ، فهو مَخُوفٌ . وإن لم يكنْ شيءٌ مِن ذلك ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ فى النُّفَساءِ : إن كانت تَرْمِى الدَّمَ ، فعَطِيَّتُها مِن الثُّلُثِ . فيَحْتَمِلُ أنَّه أراد بذلك إذا كان معه أَلَمٌ للُزُومِه ذلك فى الغالِبِ . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ على ظاهِرِه ، فإنَّها إذا كانت تَرَى[1] الدَّمَ كانت كالمَرِيضِ . وحُكْمُها بعدَ السَّقْطِ مثلُ حُكْمِها بعدَ الوَلَدِ التامِّ . فإن أسْقَطَتْ مُضْغَةً أو عَلَقَةً فلا حُكْمَ لها ، إلَّا أن يكونَ ثَمَّ مَرَضٌ أو أَلَمٌ . وهذا كلُّه مَذْهَبُ الشافعىِّ ، إلَّا أنَّ مُجَرَّدَ الدَّمِ عندَه ليس بمَخُوفٍ .

الإنصاف

لا حُكْمَ لهما بلا أَلَمٍ ولا مَرضٍ . ومنها ، حُكْمُ مَن حُبِسَ للقَتْلِ ، حُكْمُ مَن قُدِّمَ لِيُقْتَصَّ منه . ومنها ، الأسِيرُ ؛ فإنْ كان عادَتُهم القَتْلَ ، فحُكْمُه حُكْمُ مَن قُدِّمَ لِيُقْتَصَّ منه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، عَطاياه مِن كلِّ المالِ . وإنْ لم تَكُنْ عادَتُهم القَتْلَ ، فعَطاياه مِن كلِّ المالِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، مِنَ الثُّلُثِ . نصَّ عليه . واخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وتأَوَّلَها القاضى على مَن عادَتُهم القَتْلُ . ومنها ، لو جُرِحَ جُرْحًا مُوحِيًا ، فهو كالمَرِيضِ مع ثَباتِ عَقْلِه وفَهْمِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الفائقِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه[2] . وقال فى « الرِّعايَةِ » : إنْ فسَد عقْلُه . وقيل : أو لا . لم تصِحَّ وَصِيَّتُه . ومنها ، حُكْمُ

---

(١) فى م : « ترمى » .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وما لَزِم المَرِيضَ فى مَرَضِه مِن حَقٍّ لا يُمْكِنُه دَفْعُه وإسْقاطُه ، كأَرْشِ جِنايَتِه ، وجِنايَةِ عَبْدِه ، وما عاوَضَ عليه بثَمَنِ المِثْلِ ، وما يَتغابَنُ النّاسُ بمِثْلِه ، فهو مِن رَأْسِ المالِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وهو قولُ الشافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وكذلك النِّكاحُ بمَهْرِ المِثْلِ ، يَجُوزُ مِن رَأْسِ المالِ ؛ لأَنَّه صَرَف مالَه فى حاجَةِ نَفْسِه ، فقُدِّمَ بذلك على وارِثِه . وكذلك لو اشْتَرَى أمَةً للاسْتِمْتاعِ بها كَثِيرَةَ الثَّمَنِ بثَمَنِ مِثْلِها ، أو اشْتَرَى مِن الأطْعِمَةِ التى لا يَأْكُلُ مثلُه مثلَها ، جاز ، وصَحَّ شِراؤُه له ؛ لأَنَّه صَرَف مالَه فى حاجَتِه . وإن كان عليه دَيْنٌ ، أو مات وعليه دَيْنٌ ، قُدِّمَ بذلك على وارِثِه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾[1] .

الإنصاف

مَن ذُبِحَ أو أُبِينَتْ حُشْوَتُه ؛ وهى أمْعاؤُه ، لا خَرْقُها وقَطْعُها فقط ، ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه ، حُكْمُ المَيِّتِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه فى الحَرَكَةِ فى الطِّفْلِ ، وفى الجِنايَةِ . قال الحارِثِىُّ : ذكَرَه الأصحابُ . وقال المُصَنِّفُ هنا : لا حُكْمَ لعَطِيَّتِه ولا لكَلامِه . قال فى « الفروعِ » : ومُرادُه أنَّه كمَيْتٍ . وذكَرَ المُصَنِّفُ أيضًا فى « فَتاوِيه » ، إنْ خرَجَتْ حُشْوَتُه ولم تَبِنْ ، ثم ماتَ وَلَدُه ، وَرِثَه ، وإنْ أُبِينَتْ ، فالظَّاهِرُ ، أنَّه يَرِثُه ؛ لأنَّ المَوْتَ زُهوقُ النَّفْسِ وخُروجُ الرُّوحِ ، ولم يُوجَدْ ؛ ولأنَّ الطِّفْلَ يَرِثُ ويورَثُ بمُجَرَّدِ اسْتِهْلالِه ، وإنْ كان لا يدُلُّ على حياةٍ أثْبَتَ مِن حياةِ هذا . انتهى . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ هذا مِنَ الشَّيْخِ ، أنَّ مَن ذُبِحَ ليس كمَيْتٍ ، مع بَقاءِ رُوحِه . انتهى . قال فى « الرِّعايَةِ » : ومَن ذُبِحَ أو أُبِينَتْ حُشْوَتُه ، فقَوْلُه لَغْوٌ .

(١) سورة النساء ١١ .

الشرح الكبير

فصل : فأمّا إن قَضَى المَرِيضُ بعضَ غُرَمائِه ، ووَفَّتْ تَرِكَتُه بسائِرِ الدُّيونِ ، صَحَّ قَضاؤُه ، ولم يكنْ لسائِرِ الغُرَماءِ الاعْتِراضُ عليه . وإن لم تَفِ بها ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، أنَّ لسائِرِ الغُرَماءِ الرُّجُوعَ عليه ، ومُشارَكَتَه فيما أخَذَه . [٥/٢٥٦ظ] وهو قولُ أبي حنيفةَ ؛ لأنَّ حَقَّهم تَعَلَّقَ بمالِه بمَرَضِه ، فمَنَعَ تَصَرُّفَه فيه بما يَنْقُصُ دُيُونَهم ، كتَبَرُّعِه ، ولأنَّه لو وَصَّى بقَضاءِ بعضِ دُيُونِه ، لم يَجُزْ ، فكذلك إذا قَضاها . والثاني ، لا يَمْلِكُون الاعْتِراضَ عليه ولا مُشارَكَتَه . وهو قِياسُ قولِ أحمدَ ، ومَنْصُوصُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه أدَّى واجِبًا عليه ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى شيئًا فأدَّى ثَمَنَه ، أو باع بعضَ مالِه وسَلَّمَه . ويُفارِقُ الوَصِيَّةَ ، فإنَّه لو اشْتَرَى ثِيابًا مُثَمَّنَةً ، صَحَّ ، ولو وَصَّى بتَكْفِينِه بثِيابٍ مُثَمَّنَةٍ ، لم يَصِحَّ . يُحَقِّقُ هذا أنَّ إيفاءَ ثَمَنِ المَبِيعِ قَضاءٌ لبعضِ غُرَمائِه ، وقد صَحَّ عَقِيبَ البَيْعِ ، فكذلك إذا تَراخَى ، إذ لا أثَرَ لتَراخِيه .

فصل : وإذا تبرعَ المَرِيضُ أو أعْتَقَ ثم أقَرَّ بدَيْنٍ ، لم يَبْطُلْ تَبَرُّعُه . نَصَّ عليه أحمدُ ، في مَن أعْتَقَ عَبْدَه في مَرَضِه ثم أقَرَّ بدَيْنٍ ، عَتَق العَبْدُ ، ولم يُرَدَّ إلى الرِّقِّ ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَت بالتَّبَرُّعِ في الظّاهِرِ ، فلم يُقْبَلْ إقْرارُه فيما يَبْطُلُ به حَقُّ غيرِه .

الإنصاف

وإنْ خرَجَتْ حُشْوَتُه ، أو اشْتَدَّ مرَضُه ، وعقْلُه ثابِتٌ ؛ كعُمَرَ ، وعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، صحَّ تصَرُّفُه وتبرُّعُه ووَصِيَّتُه .

المقنع وَإِنْ عَجزَ الثُّلُثُ عَنِ التَّبرُّعَاتِ الْمُنْجَزةِ بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ مِنْهَا .

الشرح الكبير **٢٦٣٣** – مسألة : وإن لم يَفِ (الثُّلُثُ بالتَّبرُّعاتِ المُنْجَزةِ ، بُدِئَ بالأوّلِ فالأوّلِ)سَواءٌ كان الأوَّلُ عِتْقًا أو غيرَه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : الجَمِيعُ سَواءٌ إذا كانت مِن جِنْسٍ واحِدٍ ، وإن كانت مِن أجْناسٍ ، وكانتِ المُحاباةُ مُتَقدِّمَةً ، قُدِّمتْ ، وإن تَأَخَّرَتْ سُوِّىَ بينَها وبينَ العِتْقِ ، وإنَّما كان كذلك ؛ لأنَّ المُحاباةَ حَقُّ آدَمِىٌّ على وَجْهِ المُعاوضَةِ ، فقُدِّمَتْ إذا تَقدَّمَتْ ، كقَضاءِ الدَّيْنِ ، وإذا تَساوَى جِنْسُها سُوِّىَ بينَها ؛ لأنَّها عَطايا مِن جِنْسٍ واحِدٍ ، تُعْتَبرُ مِن الثُّلُثِ ، فسُوِّىَ بينَها ، كالوَصِيَّةِ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يُقَدَّمُ العِتْقُ ، تقَدَّمَ أو تأَخَّرَ . ولَنا ، أنَّهما عَطِيَّتانِ مُنْجَزَتانِ ، فكانت أُولاهما أوْلَى ، كما لو كانتِ الأُولَى مُحاباةً عندَ أبى حنيفةَ ، أو عِتْقًا عندَ صاحِبِه ، ولأنَّ العَطِيَّةَ المُنْجزَةَ لازِمَةٌ فى حَقِّ المُعْطِى ، فإذا كانت خارِجَةً مِن الثُّلُثِ ، لَزِمَتْ فى حَقِّ الوَرَثَةِ ، فلو شارَكَتْها الثانيةُ ، لَمَنَع ذلك لُزُومَها فى حَقِّ المُعْطِى ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الرُّجُوعَ فى بعضِها بعَطِيَّةٍ أُخْرَى ، بخِلافِ الوَصايا ، فإنَّها غيرُ لازِمَةٍ فى حَقِّه ، وإنَّما تَلْزَمُ بالمَوْتِ [1](فى حالٍ واحِدَةٍ ، فاسْتَوَيا لاسْتِوائِهما فى حالِ لُزُومِها ، بخِلافِ المُنْجَزتَيْن . وما قاله فى المُحاباةِ لا يَصِحُّ ، فإنَّها)[1] بمَنْزِلَةِ الهِبَةِ ، ولو كانت بمَنْزِلَةِ المُعاوَضَةِ أو الدَّيْنِ لَمَا كانت مِن الثُّلُثِ .

الإنصاف قوله : وإنْ عجَز الثُّلُثُ عنِ التَّبرُّعاتِ المُنْجَزَةِ ، بُدِئَ بالأوَّلِ فالأوَّلِ . هذا

(١ – ١) سقط من : الأصل .

فَإِنْ تَسَاوَتْ قُسِمَ بَيْنَ الْجَمِيعِ بِالْحِصَصِ . وَعَنْهُ ، يُقَدَّمُ الْعِتْقُ . المقنع

الشرح الكبير

٢٦٣٤ – مسألة : (وإن تَساوَتْ قُسِمَ بينَ الجَمِيعِ بالحِصَصِ . وعنه ، يُقَدَّمُ العِتْقُ) أمّا إذا وَقَعَتْ دَفْعَةً واحِدَةً ، بأن وَكَّلَ جَماعَةً فى هذه التَّبَرُّعاتِ ، فأوْقَعُوها دَفْعَةً [٢٥٧/٥و] واحِدَةً ، فإن كانت كلُّها عِتْقًا أقْرَعْنا بينَهم ، فكَمَّلْنا العِتْقَ فى بعضِهم ، وإن لم يكنْ فيها عِتْقٌ قَسَمْنا الثُّلُثَ بينَهم على قَدْرِ عَطاياهم ؛ لأنَّهم تَساوَوْا فى الاسْتِحْقاقِ ، فقُسِمَ بينَهم على قَدْرِ حُقُوقِهم ، كغُرَماءِ المُفْلِسِ . وإنَّما خُولِفَ هذا الأصْلُ فى العِتْقِ ؛ لحديثِ عِمْرانَ بنِ حُصَيْنٍ[1] . وسَنَذْكُرُ ذلك فى مَوْضِعِه . وإن كان فيها عِتْقٌ وغيرُه ، ففيه رِوايتان ؛ إحْداهما ، يُقَدَّمُ العِتْقُ لتَأكُّدِه . والثانيةُ ، يُسَوَّى بينَ الكلِّ ؛ لأنَّها حُقُوقٌ تَساوَتْ فى اسْتِحْقاقِها ، فتَساوَتْ فى تَنْفِيذِها ، كما لو كانت مِن جِنْسٍ واحِدٍ ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَها حَصَل فى حالٍ واحِدَةٍ .

فصل : إذا قال المَرِيضُ : إذا أعْتَقْتُ سَعْدًا فسعيدٌ حُرٌّ . ثم أعْتَقَ سعدًا ، عَتَقَ سعيدٌ إن خَرَج مِن الثُّلُثِ ، وإن لم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ إلَّا أحَدُهما ،

الإنصاف

المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يُقَدَّمُ العِتْقُ . وعنه ، يُقْسَمُ بينَ الكُلِّ بالحِصَصِ ، كالوَصايا . وهو وَجْهٌ فى « المُحَرَّرِ » . قال الحارِثِىُّ : وليس بشئٍ .

قوله : فإنْ تَساوَتْ ، قُسِمَ بينَ الجَميعِ بالحِصَصِ . إنْ لم يَكُنْ فيها عِتْقٌ ، ووَقَعَتْ دَفْعَةً واحِدَةً ، قُسِمَ الثُّلُثُ بينَهم بالحِصَصِ ، بلا نِزاعٍ . وإنْ كان فيها عِتْقٌ ، فكذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وقطَع

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٤ .

الشرح الكبير

عَتَقَ سعدٌ وَحْدَه ، ولم يُقْرَعْ بينهما ؛ لوَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّ سعدًا سَبَق بالعِتْقِ . والثانى ، أنَّ عِتْقَه شَرْطٌ لعِتْقِ سعيدٍ ، فلو رَقَّ بعضُه فات إعْتاقُ سعيدٍ أيضًا ؛ لفَواتِ شَرْطِه ، وإن بَقِىَ مِن الثُّلُثِ ما يَعْتِقُ به بعضُ سعيدٍ ، عَتَقَ تَمامُ الثُّلُثِ منه . وإن قال : إن أعْتَقْتُ سعدًا فسعيدٌ وعَمْرٌو حُرّان . ثم أعْتَقَ سعدًا ، ولم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ إلَّا أحَدُهم ، عَتَقَ سعدٌ وَحْدَه ؛ لِما ذَكَرْنا . وإن خَرَج مِن الثُّلُثِ اثْنانِ ، أو واحِدٌ وبعضُ آخَرَ ، عَتَقَ سعدٌ ، وأُقْرِعَ بينَ سعيدٍ وعَمْرٍو فيما بَقِىَ مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّ عِتْقَهما فى حالٍ واحِدَةٍ ، وليس عِتْقُ أحَدِهما شَرْطًا فى عِتْقِ الآخَرِ . ولو خَرَج مِن الثُّلُثِ اثنانِ وبعضُ الثالثِ ، أقْرَعْنا بينَهما ؛ لتَكْمِيلِ الحُرِّيَّةِ فى أحَدِهما ، وحُصُولِ التَّشْقِيصِ فى الآخَرِ . وإن قال : إن أعْتَقْتُ سعدًا[1] فسعيدٌ حرٌّ . أو : فسعيدٌ وعَمْرٌو حُرّان فى حالِ إعْتاقِى سعدًا . فالحُكْمُ سَواءٌ لا يَخْتَلِفُ ؛ لأنَّ عِتْقَ سعدٍ شَرْطٌ لعِتْقِهما ، فلو رَقَّ بعضُه لفات شَرْطُ عِتْقِهما ، فوَجَبَ تَقْديمُه . فإن كان الشَّرْطُ فى الصِّحَّةِ والإعْتاقُ فى المَرَضِ ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْناه .

الإنصاف

به كثيرٌ منهم . وقال الحارِثِىُّ فى العِتْقِ : يُقْرَعُ بينَهم ، فيَكْمُلُ العِتْقُ فى بعضِهم ، كما فى حالِ الوَصِيَّةِ . وعنه ، يُقَدَّمُ العِتْقُ . قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ، و « الشَّرْحِ » .

---

(١) فى الأصل : « سعيد » .

الشرح الكبير

فصل : فإن قال : إن تزَوَّجْتُ فعَبْدِى حُرٌّ . فتزَوَّجَ فى مَرَضِه بأكْثَرَ مِن مَهْرِ المِثْلِ ، فالزِّيادَةُ مُحاباةٌ تُعْتَبرُ مِن الثُّلُثِ . فإن لم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ إلَّا المُحاباةُ أو العَبْدُ ، قُدِّمَتِ المُحاباةُ ؛ لأنَّها وَجَبَتْ قبلَ العِتْقِ ، لكونِ التَّزْويجِ شَرْطًا فى العِتْقِ ، فقد سَبقَتِ العِتقَ . ويَحْتَمِلُ أن يتساوَيا ؛ لأنَّ التَّزْويجَ سَبَبٌ لثُبوتِ [٢٥٧/٥ظ] المُحاباةِ ، وشَرْطٌ للعِتْقِ ، فلا يَسْبِقُ وُجودُ أحَدِهما صاحِبَه ، فيكونان سَواءً . ثم هل يُقَدَّمُ العِتْقُ على المُحاباةِ ؟ على روايَتَيْن . وهذا فيما إذا ثَبَتَتِ المُحاباةُ بأن لا ترِثَ المرأةُ الزَّوْجَ ، إمّا لوُجُودِ مانِعٍ مِن الإرْثِ ، أو لمُفارَقَتِه إيّاها فى حَياتِه ، إمّا بمَوْتِها أو طَلاقِها أو نحوِه . فأمّا إن وَرِثَتْه تبَيَّنّا أنَّ المُحاباةَ لا تَثْبُتُ لها إلَّا بإجازَةِ الوَرَثَةِ ، فيَنْبَغِى أن يُقَدَّمَ العِتْقُ عليها ؛ لأنَّه لازِمٌ غيرُ مَوْقوفٍ على الإجازَةِ ، فيكونُ مُتَقَدِّمًا . وإن قال : أنت حُرٌّ فى حالِ تَزْوِيجِى . فتزَوَّجَ بأكْثَرَ مِن مَهْرِ المِثْلِ ، فعلى القولِ الأوَّلِ يَتساويَان ؛ لأنَّ التَّزْويجَ جُعِل حالَةً لإيقاعِ العِتْقِ كما فى عِتْقِ سعدٍ وسعيدٍ ، وبُطْلانُ المُحاباةِ لا يُبْطِلُ التَّزْويجَ ولا يُؤَثِّرُ فيه . وعلى الاحْتِمالِ المَذْكُورِ يكونُ العِتْقُ سابقًا ؛ لأنَّ المُحاباةَ إنَّما تَثْبُتُ بتَمامِ التَّزْويجِ ، والعِتْقُ قبلَ تَمامِه ، فيكونُ سابِقًا على المُحاباةِ ، فيتَقَدَّمُ لهذا المَعْنَى ، سِيَّما إذا تأكَّدَ بقُوَّتِه وكونِه غيرَ وارِثٍ .

فصل : إذا أعْتَقَ المَريضُ شِقْصًا مِن عَبْدٍ ، ثم أعْتَقَ شِقْصًا مِن آخَرَ ، ولم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ إلَّا العَبْدُ الأوَّلُ ، عَتَقَ وَحْدَه ؛ لأنَّه يَعْتِقُ حينَ تَلَفُّظِه بإعْتاقِ بعضِه . وإن خَرَجَ الأوَّلُ وبعضُ الثانِى ، عَتَقَ ذلك . وإن أعْتَقَ

المقنع

وَأَمَّا مُعَاوَضَةُ [١٥٨ظ] الْمَرِيضِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، فَتَصِحُّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَإِنْ كَانَتْ مَعَ وَارِثٍ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا تَصِحَّ لِوَارِثٍ .

الشرح الكبير

الشِّقْصَيْن معًا فلم يَخرُجْ مِن الثُّلُثِ إلَّا الشِّقْصان ، عَتَقا ورَقَّ باقِى العَبْدَيْن . وإن لم يَخْرُجْ إلَّا أحدُهما أقْرِعَ بينهما . وإن خَرَج الشِّقصانِ وباقِى أحَدِ العَبْدَيْن ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، تَكْمِيلُ العِتْقِ مِن أحَدِهما بالقُرْعَةِ بينَهما ، كما لو أعْتَقَ العَبْدَيْن فلم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ إلَّا أحَدُهما . والثانى ، يُقْسَمُ ما بَقِىَ مِن الثُّلُثِ بينَهما بغيرِ قُرْعَةٍ ؛ لأنَّه أوقَعَ عِتْقًا مُشَقَّصًا فلم يُكْمِلْه ، بخِلافِ ما لو أعْتَقَ العَبْدَيْن ، ولهذا إذا لم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ إلَّا الشِّقْصان أعْتَقْناهما بغيرِ قُرْعَةٍ ، ولم نُكْمِلْه مِن أحدِهما . ولو وَصَّى بإعْتاقِ النَّصِيبَيْن وأن يُكْمَلَ عِتْقُهما مِن ثُلُثِه ، ولم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ إلَّا النَّصِيبان وقِيمَةُ باقِى أحَدِهما ، أقْرَعْنا بينَهما ، فمَن خَرَجتْ قُرْعَتُه كَمَلَ العِتْقُ فيه ؛ لأنَّ المُوصِىَ أوْصَى بتَكْمِيلِ العِتْقِ ، فجَرَى مَجْرَى إعْتاقِهما ، بخِلافِ التى قبلَها .

٢٦٣٥ – مسألة : (وأمّا مُعاوَضَةُ المَرِيضِ بثَمَنِ المِثْلِ ، فتَصِحُّ مِن رَأْسِ المالِ وإن كانت مع وارِثٍ) لأنَّه ليس بوَصِيَّةٍ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تَبَرُّعٌ ، وليس هذا تَبَرُّعًا ، فاسْتَوَى فيه الوارِثُ وغيرُه (ويَحْتَمِلُ أن لا تَصِحَّ لوارِثٍ) لأنَّه خَصَّهُ بعَيْنِ المالِ ، أشْبَهَ ما لو حاباه .

الإنصاف

قوله : وأمَّا مُعاوَضَةُ المَرِيضِ بثَمَنِ المِثْلِ ، فتصِحُّ مِن رَأْسِ المالِ ، وإنْ كانَتْ مع وارِثٍ . إنْ كانتِ المُعاوَضَةُ فى المَرَضِ ، مع غيرِ الوارِثِ بثَمَنِ المِثْلِ ، صحَّتْ مِن رَأْسِ المالِ ، بلانِزاعٍ . وإنْ كانتْ مع وارِثٍ ، والحالَةُ هذه ، فكذلك .

المقنع

وَإِنْ حَابَى وَارِثَهُ ، فَقَالَ الْقَاضِى : تَبْطُلُ فِى قَدْرِ مَا حَابَاهُ ، وَتَصِحُّ فِيمَا عَدَاهُ ، ....

الشرح الكبير

٢٦٣٦ – مسألة : (وإن حابَى وارِثَه ، فقال القاضى : تَبْطُلُ فى قَدْرِ ما حاباه ، وتَصِحُّ [٢٥٨/٥و] فيما عَداه) مثلَ أن يَبِيعَ شيئًا بِنِصْفِ

الإنصاف

على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و« المُذْهَبِ » ، و« المُسْتَوْعِبِ » ، و« الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و« الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يصِحَّ لوارِثٍ ؛ لأنَّه خَصَّه بعَيْنِ المالِ . وهو لأبِى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، فى الوَصِيَّةِ . قال فى « الفُروعِ » : وعنه ، تصِحُّ مع وارِثٍ بإجازَةٍ . اخْتارَه فى « الانْتِصارِ » ، فى مَسْأَلَةِ إقْرارِ المَريضِ لوارِثٍ بمالٍ .

فائدة : لو قضَى بعضُ الغُرَماءِ دَيْنَه ، (١)وترِكَتُه تَفِى ببَقِيَّةِ دَيْنِه(١) ، صحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . قال فى « الفُروعِ » : ونصُّه ، يصِحُّ مُطْلَقًا . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقال أبو الخَطَّابِ ، وابنُ البَنَّا : لا يصِحُّ إلَّا قضاؤُهم بالسَّوِيَّةِ ، إذا ضاقَ مالُه . ذكَرَه فى « المُسْتَوْعِبِ » .

قوله : وإنْ حابَى وارِثَه ، فقال القاضى : تبْطُلُ فى قَدْرِ ماحاباه ، وتصِحُّ فيما عَداه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ،

(١ – ١) سقط من : الأصل .

المقنع وَلِلْمُشْتَرِى الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تبعَّضتْ فِى حَقِّهِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ شَفِيعٌ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، فَإِنْ أَخذَهُ فَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِى .

الشرح الكبير ثَمنِه ، فله نِصْفُه بجَمِيعِ الثَّمَنِ ؛ لأنَّه تَبرَّعَ له بنِصْفِ الثَّمَنِ ، فبَطَلَ التَّصرُّفُ فيما تَبرَّعَ له به (وللمُشْتَرِى الخِيارُ ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ تَبعَّضَتْ فى حَقِّه) .

٢٦٣٧ – مسألة : (فإن كان له شَفِيعٌ ، فله أخْذُه ، فإن أخَذَه فلا خِيارَ للمُشْتَرِى) لزَوالِ الضَّرَرِ عنه ؛ لأنَّه لو فَسَخ البَيْعَ رَجَع بالثَّمَنِ ، وقد حَصَل له الثَّمَنُ مِن الشَّفِيعِ .

فصل : فإن باع أجْنَبِيًّا وحاباه ، لم يَمْنَعْ ذلك صِحَّةَ العَقْدِ عند الجُمْهُورِ . وقال أهلُ الظّاهِرِ : يَبْطُلُ العَقْدُ . ولَنا ، عُمُومُ قَوْلِه تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[1] . ولأنَّه تَصَرُّفٌ صَدَر مِن أهْلِه فى مَحَلِّه ،

الإنصاف و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وقال : هذا المذهبُ . وصحَّحه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » . وعنه ، لا يصِحُّ البَيْعُ مُطْلَقًا . اخْتارَه فى « المُحَرَّرِ » . وعنه ، يَدْفَعُ قِيمَةَ باقِيه ، أو يَفْسَخُ البَيْعَ . قال الحارِثِىُّ : ويأْتِى ، فى بابِ الوَصايا ، أنَّ الأشْهَرَ للأصحابِ ، انْتِفاءُ النُّفوذِ عندَ عدَمِ الإجازَةِ ، فيتَقَيَّدُ ما قال هنا مِنَ البُطْلانِ بعدَمِ الإجازَةِ . انتهى . ويأْتِى فى أواخِرِ فَصْلِ ، وتُفارِقُ العَطِيَّةُ الوَصِيَّةَ[2] ، حكْمُ ما إذا حابَى أجْنَبِيًّا .

---

(١) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصَحَّ ، كغيرِ المَرِيضِ . فعلى هذا ، لو باع عَبْدًا لا يَمْلِكُ غيرَه قِيمَتُه ثَلاثُونَ بعَشَرَةٍ ، فقد حابَى المُشْتَرِىَ بثُلُثَىْ مالِه ، وليس له المحاباةُ بأكْثَرَ مِن الثُّلُثِ ، فإن أجاز الوَرَثَةُ ذلك ، لَزِم البَيْعُ ، وإن رَدُّوا فاخْتارَ المُشْتَرِى فَسْخَ البَيْعِ ، فله ذلك ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ تَبَعَّضَتْ فى حَقِّه ، فإنِ اخْتارَ إمْضاءَ البَيْعِ ، فقال شيخُنا[1] : عندِى أنَّه يَأْخُذُ نِصْفَ المَبِيعِ بنِصْفِ الثَّمَنِ ، ويُفْسَخُ البَيْعُ فى الباقِى . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْن لأصحابِ الشافعىِّ . والوَجْهُ الثانِى ، أنَّه يَأْخُذُ ثُلُثَىِ المَبِيعِ بالثَّمَنِ كلِّه . وإلى هذا أشار القاضى فى نحوِ هذه المَسْأَلَةِ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ الثُّلُثَ بالمُحاباةِ والثُّلُثَ الآخَرَ بالثمنِ . وقال أهلُ العِراقِ : يقالُ له : إن شِئْتَ أدَّيْتَ عَشَرَةً أُخْرَى وأخَذْتَ المَبِيعَ ، وإن شِئْتَ فَسَخْتَ ولا شىءَ لك . وعندَ مالِكٍ ، له أن يَفْسَخَ ويَأْخُذَ ثُلُثَ المَبِيعِ بالمُحاباةِ ، ويُسَمِّيه أصْحابُه خُلْعَ الثُّلُثِ . ولَنا ، أنَّ ما ذَكَرْناه مُقابَلَةُ بعضِ المَبِيعِ بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ عندَ تَعَذُّرِ أخْذِ جَمِيعِه بجَمِيعِه ، فصَحَّ ذلك ، كما لو اشْتَرَى سِلْعَتَيْن بثَمَنٍ فانْفَسَخَ البَيْعُ فى إحْداهما لعَيْبٍ أو غيرِه ، أو كما لو اشْتَرَى شِقْصًا وسَيْفًا ، فأخَذَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ ، أو كما لو اشْتَرَى قَفِيزًا يُساوِى ثَلاثِينَ بقَفِيزٍ قِيمَتُه عَشَرَةٌ . وأمّا الوَجْهُ الثانِى الذى اخْتارَه القاضى ، فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّه أوْجَبَ له المَبِيعَ بثَمَنٍ ، فيَأْخُذُ بعضَه بالثَّمَنِ كلِّه ، فلا يَصِحُّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ هذا بمائةٍ . فقال : قد قَبِلْتُ نِصْفَه بها . ولأنَّه إذا فَسَخ البَيْعَ فى بعضِه وَجَب أن يَفْسَخَه بقَدْرِه مِن ثَمَنِه ،

الإنصاف ....

(1) فى : المغنى ٨/٤٩٨ .

الشرح الكبير

ولا يَجُوزُ فَسْخُ البَيْعِ[1] فيه مع بَقاءِ ثَمَنِه ، كما لا يَجُوزُ فَسْخُ البَيْعِ[1] فى الجَمِيعِ مع بَقاءِ ثَمَنِه . وأمّا قولُ أهلِ العِراقِ ، فإنَّ فيه إجْبارًا للوَرَثَةِ على المُعاوَضَةِ [٥/٢٥٨ظ] على غيرِ الوَجْهِ الذى عاوَضَ مَوْرُوثُهم . وأمّا قولُ مالِكٍ ، فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّه إذا فَسَخ البَيْعَ لم يَسْتَحِقَّ شيئًا ؛ لأنَّ المُحاباةَ إنَّما حَصَلَتْ فى ضِمْنِ البَيْعِ ، فإذا بَطَل البَيْعُ بَطَلَتْ ، كما لو وَصَّى لرجلٍ بعَيْنِه أن يَحُجَّ عنه بمائةٍ ، وأجْرُ المِثْلِ خَمْسُون ، فطَلَبَ الخَمْسِين الفاضِلَةَ بدُونِ الحَجِّ . وإنِ اشْتَرَى عَبْدًا يُساوِى عَشَرَةً بثَلاثِينَ ، فإنَّه يَأْخُذُ (٢نِصْفَه بنِصْفِ الثَّمَنِ٢) . وإن باع العَبْدَ الذى يُساوِى ثَلاثِين بخَمْسَةَ عَشَرَ ، جاز البَيْعُ فى ثُلُثَيْه بثُلُثَى الثَّمَنِ فى قولِ شيخِنا . وعلى قولِ القاضى ، للمُشْتَرِى خَمْسَةُ أسْداسِه بكلِّ الثَّمَنِ . وطَرِيقُ هذا أن يُنْسَبَ الثَّمَنُ وثُلُثُ المَبِيعِ إلى قِيمَتِه ، فيَصِحُّ البَيْعُ فى مِقْدارِ تلك النِّسْبَةِ ، وهو خَمْسَةُ أسْداسِه . وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَسْقُطُ الثَّمَنُ مِن قِيمَةِ المَبِيعِ ، ويُنْسَبُ الثُّلُثُ إلى الباقِى ، فيَصِحُّ البَيْعُ فى قَدْرِ تلك النِّسْبَةِ ، وهو ثُلُثاه بثُلُثَىِ الثَّمَنِ . فإن خَلَّفَ البائِعُ عَشَرَةً أُخْرَى ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَصِحُّ فى ثَمانيةِ أتْساعِه بثمانيةِ أتْساعِ الثَّمَنِ ، وعلى الوَجْهِ الثانى ، يَأْخُذُ المُشْتَرِى نِصْفَه وأرْبَعَةَ أتْساعِه بجَمِيعِ الثمنِ .

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « المبيع » .
(٢ - ٢) فى الأصل : « نصفه بنصفه » . وفى م : « نصفها بنصفها » .

المقنع

وَإِنْ بَاعَ الْمَرِيضُ أَجْنَبِيًّا وَ حَابَاهُ ، وَكَانَ شَفِيعُهُ وَارِثًا ، فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ لِغَيْرِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٣٨ - مسألة : (وإن باع المَرِيضُ أجْنَبِيًّا وحاباه ، وكان شَفِيعُه وارِثًا ، فله الأخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ المُحاباةَ لغيره) يَعْنِى إذا باع شِقْصًا تَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ المُحاباةَ إنَّما وَقَعَتْ للأجْنَبِىِّ ، فأشْبَهَ ما لو وَصَّى لغَرِيمِ وارِثِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الوارِثُ الشُّفْعَةَ هٰهُنا[١] ؛ لإفْضائِه إلى جَعْلِ سَبِيلٍ للإِنْسانِ إلى إثْباتِ حَقٍّ وارِثِه فى المُحاباةِ . وقد ذَكَرْنا ذلك والخِلافَ فيه فى الشُّفْعَةِ .

الإنصاف

قوله : وإنْ باعَ المَرِيضُ أجْنَبِيًّا ، وحاباه ، وكان شَفِيعُه وارِثًا ، فله الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ المُحاباةَ لغيرِه . وهذا المذهبُ . جزَم به فى [٢/٢٦٢ظ] « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ »[٢] ، و « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . قال فى « الفُروعِ » : أخذَ شَفِيعُه الوارِثُ بالشُّفْعَةِ فى الأصحِّ . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الحارِثِىِّ » ، وقال : هذا الأشْهَرُ . وقيل : لا يَمْلِكُ الوارِثُ الشُّفْعَةَ هنا . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال الحارِثِىُّ : وفى « المُغْنِى » ، فى الشُّفْعَةِ وَجْهٌ ، لا شُفْعَةَ له .

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) سقط من : ط .

المقنع

وَيُعْتَبَرُ الثُّلُثُ عِنْدَ الْمَوْتِ . فَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، ثُمَّ مَلَكَ مَالًا يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِهِ ، تَبَيَّنَّا أَنَّهُ عَتَقَ كُلُّهُ . وَإِنْ صَارَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهُ ، لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ .

الشرح الكبير

٢٦٣٩ – مسألة : (ويُعْتَبَرُ الثُّلُثُ عندَ المَوْتِ) لأنَّه وَقْتُ لُزُومِ الوَصِيَّةِ واسْتِحْقاقِها ، وتَثْبُتُ له وِلايَةُ القَبُولِ والرَّدِّ (فلو أعْتَقَ عَبْدًا لا يَمْلِكُ غيرَه ، ثم مَلَكَ مالًا يَخْرُجُ مِن ثُلُثِه ، تَبَيَّنَّا أنَّه عَتَقَ كلُّه) لخُرُوجِه مِن الثُّلُثِ عندَ المَوْتِ (وإن صار عليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُه ، لم يَعْتِقْ منه شيءٌ) لأنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ على الوَصِيَّةِ ؛ لِما رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قَضَى بالدَّيْنِ قبلَ الوَصِيَّةِ[1] . ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ ثُلُثُه ؛ لأنَّ تَصَرُّفَ المَرِيضِ فى الثُّلُثِ كتَصَرُّفِ الصَّحِيحِ فى الجَمِيعِ .

الإنصاف

قوله : ويُعْتَبَرُ الثُّلُثُ عندَ المَوْتِ ، فلو أعْتَقَ عَبْدًا لا يَمْلِكُ غيرَه ، ثم ملَك مالًا يخْرُجُ مِن ثُلُثِه ، تبيَّنَّا أنَّه عتَق كلُّه ، وإنْ صارَ عليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُه ، لم يَعْتِقْ منه شىءٌ . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال الحارِثِىُّ : فى اعْتِبارِ الثُّلُثِ فى الوَصِيَّةِ بحالِ الوَصِيَّةِ خِلافٌ ، فيَجْرِى مِثلُه فى العَطِيَّةِ ، على القَوْلِ به ، وأوْلَى . قال : وهذا الوَجْهُ أظْهَرُ . قال : ومِنَ الأصحابِ مَن أوْرَدَ رِوايَةً ، أو وَجْهًا ؛ يَعْتِقُ ثُلُثُ العَبْدِ فيما إذا كان عليه دَيْنٌ يسْتَغْرِقُ العَبْدَ . انتهى .

---

(١) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى ميراث الأخوة من الأب والأم ، من أبواب الفرائض ، وفى : باب ما جاء يُبدأُ بالدين قبل الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٤٦/٨ ، ٢٧٩ . وابن ماجه ، فى : باب الدين قبل الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧٩/١ ، ١٣١ ، ١٤٤ .

المقنع

فَصْلٌ : وَتُفَارِقُ الْعَطِيَّةُ الْوَصِيَّةَ فِى أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُبْدَأُ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ مِنْهَا ، وَالْوَصَايَا يُسَوَّى بَيْنَ الْمُتَقَدِّمِ وَالْمُتَأَخِّرِ مِنْهَا . وَالثَّانِى ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ فِى الْعَطِيَّةِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ يُعْتَبَرُ قَبُولُهُ [١٥٩و] لِلْعَطِيَّةِ عِنْدَ وُجُودِهَا ، وَالْوَصِيَّةُ بِخِلَافِهِ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وتُفارِقُ العَطِيَّةُ الوَصِيَّةَ فى أَرْبَعَةِ أشْياءَ ؛ أحَدُها ، أنَّه يُبْدَأُ بالأَوَّلِ فالأَوَّلِ منها ، والوَصايا يُسَوَّى بينَ المُتَقَدِّمِ والمُتَأَخِّرِ منها) أمّا العَطايا فقد ذَكَرْنا حُكْمَها والخِلافَ فيها . وأمّا الوَصايا فإنَّها تَبَرُّعٌ بعدَ المَوْتِ ، فتُوجَدُ دَفْعةً واحِدَةً ، ولذلك اسْتَوَى فيها المُتَقَدِّمُ[1] والمُتَأَخِّرُ . (الثانى ، أنَّه لا يَجُوزُ [٢٠٩/٥و] الرُّجُوعُ فى العَطِيَّةِ ، بخِلافِ الوَصِيَّةِ) لأنَّ العَطِيَّةَ تَقَعُ لازِمَةً فى حَقِّ المُعْطِى ، تَنْتَقِلُ إلى المُعْطَى فى الحَياةِ إذا اتَّصَلَ بها القَبُولُ والقَبْضُ ، وإن كَثُرَتْ ، فلم يكنْ له الرُّجُوعُ فيها ، كالهِبَةِ ، وإنَّما مُنِعَ المَرِيضُ مِن التَّبَرُّعِ بزِيادَةٍ على الثُّلُثِ لحَقِّ الوَرَثَةِ ، لا لِحَقِّه ، فلم يَمْلِكْ إجازَتَها ولا رَدَّها بخِلافِ الوَصِيَّةِ [2]وإنَّما كان له الرُّجُوعُ فى الوَصِيَّةِ[2] ؛ لأنَّ التَّبَرُّعَ بها مَشْرُوطٌ بالمَوْتِ ، ففِيما قبلَ المَوْتِ لم يُوجَدِ التَّبَرُّعُ ولا العَطِيَّةُ ، فهى كالهِبَةِ قبلَ القَبُولِ . (الثالثُ ، أنَّه يُعْتَبَرُ قَبُولُه للعَطِيَّةِ عندَ وُجُودِها) ويَفْتَقِرُ إلى شُرُوطِ الهِبَةِ

الإنصاف

فائدة : قوْلُه : وتُفارِقُ العَطِيَّةُ الوَصِيَّةَ فى أرْبَعَةِ أشْياءَ ؛ أحَدُها ، أنَّه يُبْدَأُ بالأَوَّلِ

---

(١) آخر الجزء الخامس من مخطوطة جامعة الرياض (ر ١) .

(٢ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

المَذْكُورَةِ ؛ لأنَّها هِبَةٌ مُنْجزَةٌ . فاعْتُبِرَ لها القَبُولُ عندَ وُجُودِها ، كعَطِيَّةِ الصَّحِيحِ ، بخِلافِ الوَصِيَّةِ ، فإنَّه لا حُكْمَ لقَبُولِها ولا رَدِّها إلَّا بعدَ المَوْتِ على ما يَأْتِى .

فصل : والعَطِيَّةُ تُقَدَّمُ على الوَصِيَّةِ . وهو قولُ الشافعىِّ وجُمْهُورِ العُلَماءِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، وأبو يُوسُفَ ، وزُفَرُ ، إلَّا فى العِتْقِ ، فإنَّه حُكِىَ عنهم تَقْدِيمُه ؛ لأنَّ العِتْقَ يتعَلَّقُ به حَقُّ اللهِ تعالى ، ويَسْرِى ويَنْفُذُ فى مِلْكِ الغيرِ ، فيَجِبُ تَقْدِيمُه . ولَنا ، أنَّ العَطِيَّةَ لازِمَةٌ فى حَقِّ المَرِيضِ ، فقُدِّمَتْ على الوَصِيَّةِ ، كعَطِيَّةِ الصِّحَّةِ ، أو فقُدِّمَتْ على العِتْقِ ، كعَطِيَّةِ الصِّحَّةِ .

الإنصاف

فالأوَّلِ منها ، والوَصايا يُسَوَّى بينَ المُتَقَدِّمِ والمُتَأَخِّرِ منها . هذا صحيحٌ ، لكِنْ لو اجْتَمعَتِ العَطِيَّةُ والوَصِيَّةُ ، وضاقَ الثُّلُثُ عنهما ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ العَطِيَّةَ تُقَدَّمُ . وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وعنه ، التَّساوِى . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، لكِنْ صحَّح الأوَّلَ ، كما تقدَّم . وعنه ، يُقَدَّمُ العِتْقُ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : قلتُ : إنْ كانتِ الوَصِيَّةُ فقط ممَّا يخرُجُ مِن أصْلِ المالِ ، قُدِّمَتْ ، وأُخرِجَتِ العَطِيَّةُ مِن ثُلُثِ الباقِى ؛ فإنْ أعْتَق عبْدَه ، و لم يخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، فقال الوَرَثَةُ : أعْتَقَه فى مرَضِه . وقال العَبْدُ : بل فى صِحَّتِه . صُدِّقَ الوَرَثَةُ . انتهى .

المقنع

وَالرَّابعُ أَنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ فِى الْعَطِيَّةِ مِنْ حِينِهَا وَيكُونُ مُرَاعًى، فَإِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ عِنْدَ الْمَوْتِ، تبَيَّنَّا أَنَّ الْمِلْكَ كَانَ ثَابِتًا مِنْ حِينِهِ. فَلَوْ أَعْتَقَ فِى مَرَضِهِ عَبْدًا ، أَوْ وَهَبَهُ لِإِنْسَانٍ ، ثُمَّ كَسَبَ فِى حَيَاةِ سَيِّدِهِ شَيْئًا ، ثُمَّ مَاتَ سَيِّدُهُ فَخَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، كَانَ كَسْبُهُ لَهُ إِنْ

الشرح الكبير

(الرابعُ ، أنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ فى العَطِيَّةِ مِن حينِها ويكونُ مُراعًى ، فإذا خَرَجَ مِن الثُّلُثِ عندَ المَوْتِ ، تَبيَّنَّا أنَّ المِلْكَ كان ثابتًا مِن حينِه) لأنَّ العَطِيَّةَ فى المَرَضِ تَمْلِيكٌ فى الحالِ ؛ لأنَّها إن كانت هِبَةً ، فمُقْتَضاها تَمْليكُه المَوْهُوبَ فى الحالِ ، ولهذا يُعْتَبَرُ قَبُولُها فى المَجْلِسِ ، كما لو كانت فى الصِّحَّةِ ، وكذلك إن كانت مُحاباةً أو إعْتاقًا . وأمَّا كونُها مُراعاةً ، فلأنَّا لا نَعْلَمُ هل هذا مَرَضُ المَوْتِ أو لا ، ولا نَعْلَمُ هل يَسْتَفِيدُ مالًا أو يَتْلَفُ شئٌ مِن مالِه أو لا ، فتَوَقَّفْنا لنَعْلَمَ عاقِبَةَ أَمْرِه فنَعْمَلَ عليها ، فإذا انْكَشَفَ الحالُ عَلِمْنا حِينَئِذٍ ما ثَبَت حالَ العَقْدِ . ومثلُ ذلك ، ما لو أَسْلَمَ أحدُ الزَّوْجَيْن بعدَ الدُّخولِ ، فإنَّا لا نَدْرِى هل يُسْلِمُ الثانى أم لا ، فنَقِفُ الأَمْرَ حتى تَنْقَضِىَ العِدَّةُ ، فإن أَسْلَمَ الآخرُ فى العِدَّةِ تَبَيَّنَّا أنَّ النِّكاحَ كان صَحِيحًا باقِيًا ، وإنِ انْقَضَتِ العِدَّةُ قبلَ إسْلامِه تبَيَّنَّا أنَّ النِّكاحَ انفَسَخَ مِن حينَ اخْتَلَفَ دِينُهما .

٢٦٤٠ – مسألة : (فلو أَعْتَقَ فى مَرَضِه عَبْدًا ، أو وَهَبَه لإِنْسانٍ ، ثم كَسَبَ فى حَياةِ سَيِّدِه شيئًا ، ثم مات سَيِّدُه فخَرَجَ مِن الثُّلُثِ ، كان كَسْبُه

الإنصاف

....

المقنع

كَانَ مُعْتَقًا ، وَلِلْمَوْهُوبِ لَهُ إِنْ كَانَ مَوْهُوبًا ، وَإِنْ خَرَجَ بَعْضُهُ ، فَلَهُمَا مِنْ كَسْبِهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ . فَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، فَكَسَبَ مِثْلَ قِيمَتِهِ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ شيءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، وَلِوَرَثَةِ سَيِّدِهِ شَيْئَانِ، فَصَارَ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ نِصْفَيْنِ فَيَعْتِقُ

الشرح الكبير

له إن كان مُعْتَقًا ، وللمَوْهُوبِ إن كان مَوْهُوبًا ، وإن خَرَج بعضُه ، [٢٥٩/٥ظ] فلهما مِن كَسْبه بقَدْرِ ذلك) فنقولُ[١] : إذا (أعْتَقَ عَبْدًا لا مالَ له[٢] سِوَاه ، فكَسَبَ مثلَ قِيمَتِه قبلَ مَوْتِ سَيِّدِه) فللعَبْدِ مِن كَسْبه بقَدْرِ ما عَتَقَ منه ، وباقِيه لسَيِّدِه ، فيَزْدادُ به مالُ السَّيِّدِ ، وتَزْدادُ الحُرِّيَّةُ لذلك ، ويَزْدادُ حَقُّه مِن كَسْبه ، فيَنْقُصُ به حَقُّ السَّيِّدِ مِن الكَسْبِ ، ويَنْقُصُ بذلك قَدْرُ المُعْتَقِ منه ، فيَدْخُلُ الدَّوْرُ[٣] ، فيُسْتَخْرَجُ ذلك بالجَبْرِ ، فيُقالُ : (عَتَقَ مِن العَبْدِ شيءٌ ، وله مِن كَسْبه شيءٌ) لأنَّ كَسْبَه مثلُه ، وللوَرَثَةِ مِن العَبْدِ [٤]وكَسْبه[٤] شَيْئان ؛ لأنَّ لهم مِثْلَىْ ما عَتَقَ منه ، وقد عَتَقَ منه شيءٌ ، ولا يُحْسَبُ على العَبْدِ ما حَصَل له مِن كَسْبه ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّه بجُزْئه الحُرِّ لا مِن جِهَةِ سَيِّدِه ، فصار للعَبْدِ شَيْئان ، وللوَرَثَةِ شَيْئان ، مِن العَبْدِ وكَسْبِه ، فيُقْسَمُ العَبْدُ وكَسْبُه نِصْفَين ، (فيَعْتِقُ منه

الإنصاف

....

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) الدَّوْر : توقف كل من الشيئين على الآخر .

(٤ – ٤) سقط من : م .

المقنع

مِنْهُ نِصْفُهُ، وَلَهُ نِصْفُ كَسْبِهِ، وَلِلْوَرَثَةِ نِصْفُهُمَا . وَإِنْ كَسَبَ مِثْلَيْ قِيمَتِهِ صَارَ لَهُ شَيْئَانِ وَعَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَلِلْوَرَثَةِ شَيْئَانِ، فَيَعْتِقُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ كَسْبِهِ وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ . وَإِنْ كَسَبَ نِصْفَ قِيمَتِهِ ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ نِصْفُ شَيْءٍ مِنْ كَسْبِهِ ، وَلِلْوَرَثَةِ شَيْئَانِ [١٥٩ظ] فَيَعْتِقُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهِ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِ كَسْبِهِ وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ .

وَإِنْ كَانَ مَوْهُوبًا لِإِنْسَانٍ ، فَلَهُ مِنَ الْعَبْدِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ وَبِقَدْرِه

الشرح الكبير

نِصْفُه ، وله نِصْفُ كَسْبِه ، وللوَرَثَةِ نِصْفُهما . وإن كَسَب مِثْلَيْ قِيمَتِه) فله مِن كَسْبِه شَيْئان ، صار له ثلاثةُ أشْياءَ ، ولهم شَيْئان ، فيُقْسَمُ العَبْدُ وكَسْبُه أخْماسًا (يَعْتِقُ منه ثلاثةُ أخْماسِه ، وله ثلاثةُ أخْماسِ كَسْبِه ، وللوَرَثَةِ خُمْساه وخُمْسَا كَسْبِه) وإن كَسَب ثلاثةَ أمْثالِ قِيمَتِه ، فله مِن كَسْبِه ثلاثةُ أشياءَ مع ما عَتَقَ منه ، وللوَرَثَةِ شَيْئان ، فيَعْتِقُ منه ثُلُثاه ، وله ثُلُثا كَسْبِه ، وللوَرَثَةِ ثُلُثُهما . (وإن كَسَب نِصْفَ قِيمَتِه ، عَتَقَ منه شيءٌ ، وله مِن كَسْبِه نِصْفُ شيءٍ ، ولهم شَيْئان) فالجميعُ ثلاثةُ أشياءَ ونِصْفُ شيءٍ ، فإذا بَسَطْتَها أنْصافًا ، صارت سَبْعَةً ، فله ثلاثةُ أسْباعِها (فيَعْتِقُ منه ثلاثةُ أسْباعِه ، وله ثلاثةُ أسْباعِ كَسْبِه ، والباقِي للوَرَثَةِ) وذلك مِثْلا ما عَتَقَ منه .

٢٦٤١ – مسألة : (وإن كان مَوْهُوبًا لإنسانٍ) فللمَوْهُوبِ له (مِن

الإنصاف

....

المقنع مِنْ كَسْبِهِ .

الشرح الكبير العَبْدِ بقَدْرِ ما عَتَقَ منه) وله مِن كَسْبِه بقَدْرِ ذلك . فإن كانت قِيمَتُه مائةً ، فكَسَبَ تِسْعَةً ، فاجْعَلْ له مِن كلِّ دِينارٍ شيئًا ، فقد عَتَقَ منه مائةُ شيءٍ[1] ، وله مِن كَسْبِه تِسْعَةُ أشياءَ ، ولهم مائَتا شيءٍ ، فيَعْتِقُ منه مائةُ جُزْءٍ وتِسْعَةُ أجْزاءٍ مِن ثَلاثِمائةٍ وتِسْعَةٍ ، وله مِن كَسْبِه مثلُ ذلك ، ولهم مائَتا جُزْءٍ مِن كَسْبِه . فإن كان على السَّيِّدِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه وقِيمةَ كَسْبِه ، صُرِفا فى الدَّيْنِ ، ولم يَعْتِقْ منه شيءٌ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ على التَّبَرُّعِ ، وإن لم يَسْتَغْرِقْ قِيمَتَه وقيمةَ كَسْبِه ، صُرِف مِن العَبْدِ وكَسْبِه ما يُقْضَى به الدَّيْنُ ، وما بَقِيَ منهما يُقْسَمُ على ما يُعْمَلُ فى العَبْدِ الكامِلِ وكَسْبِه . فعلى هذا ، لو كان على المَيِّتِ دَيْنٌ بقِيمَةِ العَبْدِ ، صُرِف فيه نِصْفُ العَبْدِ [٥/٢٦٠و] ونِصْفُ كَسْبِه ، وقُسِم النِّصْفُ الباقِى بينَ الوَرَثَةِ والعِتْقِ نِصْفَيْن ، وكذلك بَقِيَّةُ الكَسْبِ . فإن كَسَبَ العَبْدُ مثلَ قِيمَتِه ، وللسَّيِّدِ مالٌ بقَدْرِ الكَسْبِ ، قَسَمْتَ العَبْدَ ومِثْلَ قِيمَتِه على الأشياءِ الأرْبَعَةِ ، لكلِّ شيءٍ ثلاثةُ أرْباعٍ ، فيَعْتِقُ مِن العَبْدِ ثلاثةُ أرْباعِه ، وله ثلاثةُ أرْباعِ كَسْبِه .

فصل : وإن أعْتَقَ عَبْدًا قِيمَتُه عِشْرُون ، ثم أعْتَقَ عَبْدًا قِيمَتُه عَشَرَةٌ ، فكَسَبَ كلُّ واحِدٍ منهما مثلَ قِيمَتِه ، أُكْمِلَتِ الحُرِّيَّةُ فى العَبْدِ الأوَّلِ ، فيَعْتِقُ

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

منه شيءٌ ، وله مِن كَسْبِه شيءٌ ، وللوَرَثَةِ شَيْئان ، ويُقْسَمُ العَبْدانِ وكَسْبُهما على الأشْياءِ الأرْبَعَةِ ، لكلِّ شيءٍ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فيَعْتِقُ منه بقَدْرِ ذلك ، وهو ثلاثةُ أرْباعِه ، وله ثلاثةُ أرْباعِ كَسْبِه ، والباقِي للوَرَثَةِ . وإن بَدَأ بعِتْقِ الأدْنَى ، عَتَقَ كلُّه ، وأخذَ كَسْبَه ، ويَسْتَحِقُّ الوَرَثَةُ مِن العَبْدِ الآخَرِ وكَسْبِه مِثْلَى العَبْدِ الذى عَتَقَ ، وهو نِصْفُه ونِصْفُ كَسْبِه ، ويَبْقَى نِصْفُه ونِصْفُ كَسْبِه بينَهما نِصْفَيْن ، فيَعْتِقُ رُبْعُه ، وله رُبْعُ كَسْبِه ، ويَرِقُّ ثلاثةُ أرْباعِه ، ويَتْبَعُه ثلاثةُ أرْباعِ كَسْبِه ، وذلك مِثْلَا ما عَتَقَ منهما . وإن أعْتَقَ العَبْدَيْنِ دَفْعَةً واحِدَةً ، أقْرَعْنا بينَهما ، فمَن خَرَجَتْ له قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ ، فهو كما لو بَدَأ بإعْتاقِه .

فصل : فإن أعْتَقَ ثلاثةَ أعْبُدٍ قِيمَتُهم سَواءٌ ، وعليه دَيْنٌ بقَدْرِ قِيمَةِ أحَدِهم ، وكَسْبُ أحَدِهم مِثْلُ قِيمَتِه ، أقْرَعْنا بينَهم لإخْراجِ الدَّيْنِ ، فإن وَقَعَتْ على غيرِ المُكْتَسِبِ ، (1) بِيعَ فى الدَّيْنِ ، ثم أقْرَعْنا بينَ المُكْتَسِبِ والآخَرِ لأجْلِ الحُرِّيَّةِ ، فإن وَقَعَتْ على غيرِ المُكْتَسِبِ (1) ، عَتَقَ كلُّه ، والمُكْتَسِبُ ومالُه للوَرَثَةِ ، وإن وَقَعَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ على المُكْتَسِبِ ، عَتَقَ منه ثلاثةُ أرْباعِه ، وله ثلاثةُ أرْباعِ كَسْبِه ، وباقِيه وباقِى كَسْبِه والعَبْدُ الآخَرُ للوَرَثَةِ ، كما قُلْنا فيما إذا كان للسَّيِّدِ مالٌ بقَدْرِ قِيمَتِه . ولو وَقَعَتْ قُرْعَةُ الدَّيْنِ ابْتِداءً على المُكْتَسِبِ ، لقَضَيْنا الدَّيْنَ بنِصْفِه ونِصْفِ كَسْبِه ، ثم

(1 - 1) سقط من : م .

الشرح الكبير

أَقْرَعْنا بينَ باقِيه وبينَ العَبْدَيْن الآخَرَيْن فى الحُرِّيَّةِ ، فإن وقَعَتْ على غيرِه عَتَقَ كلُّه ، وللوَرَثَةِ ما بَقِىَ ، فإن وَقعَتْ على المُكْتَسِبِ عَتَقَ باقِيه ، وأخَذْنا باقِىَ كَسْبِه ، ثم يُقْرَعُ بينَ العَبْدَيْن لإتْمامِ الثُّلُثِ ، فمن وَقعَتْ عليه القُرْعَةُ عَتَقَ ثُلُثُه ، ويَبْقَى ثُلُثاه ، والعَبْدُ الآخَرُ للوَرَثَةِ .

فصل : رجلٌ أعْتَقَ عَبْدَيْن مُتَساوِيَىِ القِيمَةِ بكَلِمةٍ واحِدَةٍ لا مالَ له غيرُهما ، ثم ماتَ أحَدُهما فى حَياتِه ، أُقْرِعَ بينَ الحَىِّ [٥/٢٦٠ظ] والمَيِّتِ ، فإن وَقعَتْ على المَيِّتِ ، فالحَىُّ رَقِيقٌ ، وتَبَيَّنَ أنَّ المَيِّتَ نِصْفُه حُرٌّ ؛ لأنَّ مع الوَرَثَةِ مِثْلَىْ نِصْفِه ، وإن وَقعَتْ على الحَىِّ ، عَتَقَ ثُلُثُه ، ولا يُحْسَبُ المَيِّتُ على الوَرَثَةِ ؛ لأنَّه لم يَصِلْ إليهم .

فصل : رجلٌ أعْتَقَ عَبْدًا لا مالَ له سِواه ، قِيمَتُه عَشَرَةٌ ، فماتَ قبلَ سَيِّدِه وخَلَّفَ عِشْرِين ، فهى لِسَيِّدِه بالوَلاءِ ، وتَبَيَّنَ أنَّه ماتَ حُرًّا . وكذلك إن خَلَّفَ أرْبَعِين وبِنْتًا . وإن خَلَّفَ عَشَرَةً ، عَتَقَ منه شىءٌ ، وله مِن كَسْبِه شىءٌ ، ولسَيِّدِه شَيْئانِ ، وقد حَصَلَ فى يَدِ سَيِّدِه عَشَرَةٌ تَعْدِلُ شَيْئَيْن[1] ، فتَبَيَّنَ أنَّ نِصْفَه حُرٌّ ، وباقِيَه رَقِيقٌ ، والعَشَرَةُ يَسْتَحِقُّها السَّيِّدُ ، نِصْفُها بحُكْمِ الرِّقِّ ، ونِصْفُها بالوَلاءِ . فإن خَلَّفَ العَبْدُ ابنًا ، فله مِن رَقَبَتِه شىءٌ ، ومِن كَسْبِه شىءٌ لِابْنِه بالمِيراثِ ، ولسَيِّدِه شَيْئان ، فتُقْسَمُ العَشَرَةُ على ثلاثةٍ ، للابنِ ثُلُثُها ، وللسَّيِّدِ ثُلُثاها ، ونَتَبَيَّنُ أنه عتقَ مِن العَبْدِ ثُلُثُه . وإن خَلَّفَ بنتًا ، فلها نِصْفُ شىءٍ ، وللسَّيِّدِ شَيْئان ،

الإنصاف ....

(١) فى م : « ستين » .

الشرح الكبير

فصارَتِ العَشَرَةُ على خَمْسَةٍ ، للبِنْتِ خُمْسُها ، وللسَّيِّدِ أرْبَعَةُ أخْماسِها ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ[1] ، فتَبيَّنَ أنَّ خُمْسَى العَبْدِ مات حُرًّا . وإن خلَّفَ العَبْدُ عِشْرِين وابنًا ، فله مِن كَسْبِه شَيْئانِ ، يكونان لابنِه ، ولسَيِّدِه شَيْئان ، فصارَتِ العِشْرُون بينَ السَّيِّدِ وبينَ ابنِه نِصْفَيْن ، وتَبَيَّنَ أنَّه عَتَقَ منه نِصْفُه . فإن مات الابنُ قبلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، [2]وكان[2] ابنَ مُعْتَقِه[3] ، وَرِثَه السَّيِّدُ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّ أباه مات حُرًّا ، لكونِ السَّيِّدِ مَلَكَ عِشْرِين ، وهى مِثْلا قِيمَتِه ، فعَتَقَ ، وجَرَّ وَلاءَ ابنِه إلى سَيِّدِه فوَرِثَه . وإن لم يكنْ الابنُ ابنَ مُعْتَقِه[3] ، لم يَنْجَرَّ وَلاؤُه ، ولم يَرِثْه سَيِّدُ أبِيه . وكذلك الحُكْمُ لو خَلَّفَ هذا الابنُ عِشْرِين ولم يُخَلِّفْ أبُوه شيئًا ، أو مَلَكَ السَّيِّدُ عِشْرِين مِن أىِّ جِهَةٍ كانت . وإن لم يَمْلِكْ عِشْرِين ، لم يَنْجَرَّ وَلاءُ الابنِ إليه ؛ لأنَّ الأبَ لم يَعْتِقْ ، وإن عَتَقَ بعضُه جَرَّ مِن وَلاءِ ابنِه بقَدْرِه ، فلو خَلَّفَ الابنُ عَشَرَةً ، ومَلَكَ السَّيِّدُ خَمْسَةً ، فإنَّكَ تقولُ : عَتَقَ مِن العَبْدِ شىءٌ ، ويَجُرُّ مِن وَلاءِ ابنِه مِثْلَ ذلك ، ويَحْصُلُ له مِن مِيراثِه شىءٌ مع خَمْسَةٍ ، وهما يَعْدِلان شَيْئَيْنِ ، وباقِى العَشَرَةِ لمَوْلَى أُمِّه ، فيُقْسَمُ بينَ السَّيِّدِ وبينَ مَوْلَى الأُمِّ نِصْفَيْن ، ونَتَبيَّنُ أنَّه قد عَتَقَ مِن العَبْدِ نِصْفُه ، ويَحْصُلُ للسَّيِّدِ خَمْسَةٌ مِن مِيراثِ ابنِه . وكانت له خَمْسَةٌ ، وذلك مِثْلَا ما عَتَقَ مِن العَبْدِ . فإن مات الابنُ فى

الإنصاف ....

(١) فى م : « ستين » .

(٢ - ٢) فى م : « كان » .

(٣) فى م : « معتقة » .

المقنع

وَإِنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً ثُمَّ وَطِئَهَا، وَمَهْرُ مِثْلِهَا نِصْفُ قِيمَتِهَا، فَهُوَ كَمَا لَوْ كَسَبَتْ نِصْفَ قِيمَتِهَا، يَعْتِقُ مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهَا.

وَلَوْ وَهَبَهَا مَرِيضًا آخَرَ لَا مَالَ لَهُ أَيْضًا، فَوَهَبَهَا الثَّانِى لِلْأَوَّلِ، صَحَّتْ هِبَةُ الْأَوَّلِ فِى شَىْءٍ، وَعَادَ إِلَيْهِ بِالْهِبَةِ الثَّانِيَةِ ثُلُثُهُ، بَقِىَ لِوَرَثَةِ الْآخَرِ ثُلُثَا شَىْءٍ، وَلِلْأَوَّلِ شَيْئَانِ، فَلَهُمْ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا، وَلِوَرَثَةِ الثَّانِى رُبْعُهَا.

الشرح الكبير

[٥/٢٦١و] حَياةِ أبيه قبلَ مَوْتِ سَيِّدِه وخَلَّفَ مالًا، وحَكَمْنا بعِتْقِ الأبِ أو عِتْقِ بَعْضِه، وَرِثَ مالَ ابنه[1] إن كان حُرًّا، أو بقَدْرِ ما فيه مِن الحُرِّيَّةِ إن كان بَعضُه حُرًّا، ولم يرِثْ سَيِّدُه منه شيئًا. وفى هذه المَسائِلِ خِلافٌ تَرَكْنا ذِكْرَه مَخافَةَ التَّطْوِيلِ.

٢٦٤٢ – مسألة: (وإن أعْتَقَ جارِيَةً) لا مالَ له غيرُها (ثم وَطِئَها، ومَهْرُ مِثْلِها نِصْفُ قِيمَتِها، فهو كما لو كَسَبَتْ نِصْفَ قِيمَتِها، يَعْتِقُ منها ثلاثةُ أسْباعِها) وقد ذَكَرْنا ذلك.

٢٦٤٣ – مسألة: (وإن وَهَبَها مَرِيضًا آخَرَ لا مالَ له غيرُها، ثم وَهَبَها الثانى للأوَّلِ) وماتا جَمِيعًا، فنقولُ: (صَحَّتْ هِبَةُ الأوَّلِ فى شىءٍ، وعاد إليه بالهِبَةِ الثانيةِ ثُلُثُه، بَقِىَ لوَرَثَةِ الثانى ثُلُثا شىءٍ، ولوَرَثَةِ الأوَّلِ شَيْئان) فاضْرِبْها فى ثُلُثِه ليَزولَ الكَسْرُ، يكنْ ثمانيةَ أشياءَ، تَعْدِلُ الأمَةَ

الإنصاف ....

---

(١) فى م: « أبيه ».

الشرح الكبير

الْمَوْهُوبَةَ ، فلوَرَثَةِ الواهِبِ الأوَّلِ (ثلاثةُ أرْباعِها) سِتَّةٌ ، (ولوَرَثَةِ الثانِى رُبْعُها) شَيْئان ، وإن شِئْتَ قُلْتَ : المسأَلَةُ مِن ثلاثةٍ[1] ؛ لأنَّ الهِبَةَ صَحَّتْ فى ثُلُثِ المالِ ، وهِبَةَ الثانِى صَحَّتْ فى ثُلُثِ الثُّلُثِ ، فتكونُ مِن ثلاثةٍ ، اضْرِبْها فى أصْلِ المَسأَلَةِ ، تكُنْ تِسْعَةً ، أسْقِطِ السَّهْمَ الذى صَحَّتْ فيه الهِبَةُ الثانيةُ ؛ لأنَّا لو رَدَدْناه على الأوَّلِ لوَجَبَ رَدُّه على جَمِيعِ السِّهامِ الباقِيَةِ ، إذ يَلْزَمُ مِن زِيادَةِ الباقِى للواهِبِ الأوَّلِ زِيادَةُ الجُزْءِ الذى صَحَّتْ فيه الهِبَةُ الأُولَى ، فيَسْقُطُ كما يَسْقُطُ الباقِى فى مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ؛ إذِ العِلَّةُ فى إسْقاطِه ثَمَّ أنَّا لو رَدَدْناه لرَدَدْناه على جَمِيعِ السِّهامِ بالسَّوِيَّةِ ، فإذا أسْقَطْنا ذِكْرَه ، عاد على جَمِيعِ السِّهامِ بالسَّوِيَّةِ[2] كذلك هـٰهُنا ، إذا أسْقَطْنا هذا السَّهْمَ بَقِيَتِ المسأَلةُ مِن ثَمانِيَةٍ ، كما ذَكَرْنا .

فُصُولٌ فى هِبَةِ المَرِيضِ : رجلٌ وَهَب أخاه مائةً لا يَمْلِكُ غيرَها ، فَقَبَضَها ثم مات وخَلَّفَ بِنْتًا ، فقد صَحَّتِ الهِبَةُ فى شىءٍ ، والباقِى للواهِبِ ، ورَجَع إليه بالمِيراثِ نِصْفُ الشىءِ الذى جازَتِ الهِبَةُ فيه ، صار معه مائةٌ إلَّا نِصْفَ شىءٍ يَعْدِلُ [٥/٢٦١ ظ] شَيْئَيْنِ ، فالشىءُ خُمْسَا ذلك أرْبَعُونَ[2] ، رَجَع إلى الواهِبِ نِصْفُها عِشْرُونَ ، صار معه ثَمانُون ، وبَقِىَ لوَرَثَةِ المَوْهُوبِ له عِشْرُون . وطَرِيقُها بالبابِ[3] أن تَأْخُذَ عَدَدًا لثُلُثِه

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « ثمانية » .

(٢) سقط من : م .

(٣) أى بابها فى الحساب .

الشرح الكبير

نِصْفٌ ، وهو سِتَّةٌ ، فَتأْخُذُ ثُلُثَه اثْنَيْن ، وتُلْغِيَ نِصْفَه سَهْمًا ، يَبْقى سَهْمٌ ، فهو للمَوْهُوب له ، ويَبْقَى للواهِبِ أرْبَعةٌ ، فتَقْسِمَ المائةَ بينَهما على خَمْسَةٍ ، والسَّهْمُ الذى أسْقَطْتَه لا يُذْكَرُ ؛ لأنَّه يَرْجِعُ على جَمِيعِ السِّهامِ الباقِيَةِ بالسَّوِيَّةِ ، فيَجِبُ اطِّراحُه ، كالسِّهامِ الفاضِلَةِ عن الفُرُوضِ فى مسألةِ الرَّدِّ . (1)وقد ذَكَرْناه فى المسألةِ قبلَها(1) . ولو كان(2) تَرَك ابْنَتَيْن ، ضَرَبْتَ ثلاثةً فى ثلاثةٍ ، صارتْ تِسْعَةً ، وأسْقَطْتَ منهما سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمانِ ، فهى التى تَبْقَى لوَرَثَةِ المَوْهُوبِ له ، وتَبْقَى سِتَّةٌ للواهِبِ ، وهى مِثْلا ما جازَتِ الهِبَةُ فيه . وإن خَلَّفَ امرأةً وبنتًا ، فمسألتُها مِن ثمانيةٍ ، نَضْرِبُها فى ثلاثةٍ ، تكونُ أرْبَعَةً وعِشْرِين ، يَسْقُطُ منها الثَّلاثَةُ التى وَرِثَها الواهِبُ ، يَبْقَى أحَدٌ وعِشْرُون ، فهى المالُ ، ويأْخُذُ ثُلُثَ الأرْبَعَةِ والعِشْرِين وهى ثمانيةٌ ، يُلْغَى منها الثلاثةُ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ ، فهى(3) الباقِيَةُ لوَرَثَةِ المَوْهُوبِ له ، والباقِى للواهِبِ ، فتُقْسَمُ المائةُ على هذه السِّهامِ .

فصل : فإن وَهَب رجلًا جارِيَةً ، فقَبَضَها المَوْهُوبُ له وَوَطِئَها ، ومَهْرُ مِثْلِها(4) ثُلُثُ قِيمَتِها ، ثم مات الواهِبُ ولا شىءَ له سِواها ، وقِيمَتُها ثَلاثُونَ ، ومَهْرُها عَشَرَةٌ ، فقد صَحَّتِ الهِبَةُ فى شىءٍ ، وسَقَط عنه مِن مَهْرِها ثُلُثُ شىءٍ ، وبَقِىَ للواهِبِ أرْبَعُونَ إلَّا شيئًا وثُلُثًا يَعْدِلُ شَيْئَيْن ، اجْبُرْ

الإنصاف ....

(1 - 1) سقط من : ر ٢ ، م .
(2) سقط من : ر ٢ ، م .
(3) فى ر ٢ ، م : « فى » .
(4) فى م : « مهرها » .

الشرح الكبير

وقابِلْ ، يَخرُجِ الشىءُ ، خُمْسُ ذلك وعُشْرُه ، وهو اثْنا عَشَرَ وذلك خُمْسَا الجارِيَةِ ، فقد صَحَّتِ الهِبَةُ فيه ، ويَبْقَى لِلْواهِبِ[1] ثلاثةُ أخْماسِها ، وله على المَوْهُوبِ له ثلاثةُ أخْماسِ مَهْرِها وهو سِتَّةٌ . ولو كان الواطِئُ أجْنَبِيًّا فكذلك ، ويكونُ عليه مَهْرُها ، ثلاثةُ أخْماسِه للواهِبِ ، وخُمْساه للمَوْهُوبِ له ، إلَّا أنَّ نُفُوذَ[2] الهِبَةِ فيما زاد على الثُّلُثِ منها مَوْقُوفٌ على حُصُولِ المَهْرِ مِن الواطِئِ ، فإن لم يَحْصُلْ منه شىءٌ لم تَزِدِ الهِبَةُ على ثُلُثِها . وكلَّما حَصَل منه شىءٌ نَفَذَتِ الهِبَةُ فى الزِّيادَةِ بقَدْرِ ثُلُثِه . فإن وَطِئَها الواهِبُ ، فعليه[3] مِن عُقْرِها[4] بقَدْرِ ما جازَتِ الهِبَةُ فيه ، وهو ثُلُثُ شىءٍ يَبْقَى معه ثَلاثُون إلَّا شيئًا وثُلُثًا ، يَعْدِلُ شَيْئَيْن ، فالشىءُ تِسْعَةٌ ، وهو خُمْسُ الجارِيَةِ وعُشْرُه ، وسَبْعَةُ أعْشارِها لوَرَثَةِ الواطِئِ ، وعليه عُقْرُ الذى جازَتِ الهِبَةُ فيه ثُلُثُه[5] ، فإن أخَذَ مِن الجارِيَةِ بقَدْرِها ، صار له خُمْساها .

فصل : وإن وَهَب مَرِيضٌ عَبْدًا لا يَمْلِكُ غيرَه ، فقَتَلَ العَبْدُ [٥/٢٦٢و] الواهِبَ ، قِيلَ للمَوْهُوبِ له : إمّا أن تَفْدِيَه ، وإمّا أن تُسَلِّمَه . فإنِ اخْتارَ تَسْلِيمَه سَلَّمَه كلَّه ، نِصْفَه بالجِنايَةِ ، ونِصْفَه لانْتِقاصِ الهِبَةِ ؛ وذلك لأنَّ

الإنصاف ....

(١) فى م : « للوارث » .
(٢) فى م : « تعود » .
(٣) فى ر ٢ ، م : « عليها » .
(٤) العُقْر بضم العين : مهر المرأة إذا وطئت على شبهة .
(٥) فى م : « ثلاثة » .

الشرح الكبير

العَبْدَ كلُّه قد صار إلى وَرَثَةِ الواهِبِ ، وهو مِثْلا نِصْفِه ، فتَبَيَّنَ أنَّ الهِبَةَ جازَتْ فى نِصْفِه. فإنِ اخْتارَ فِداءَه، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، يَفْدِيه بأَقَلِّ الأمْرَيْن مِن قِيمَةِ نَصِيبِه فيه أو أَرْشِ جنايَتِه. والأُخْرَى، يَفْدِيه بقَدْرِ ذلك مِن أرْشِ جنايَتِه ، بالِغَةً ما بَلَغَتْ . فإن كانت قِيمَتُه دِيَةً ، فإنَّك تقولُ : صَحَّتِ الهِبَةُ فى شيءٍ . وتَدْفَعُ إليهم نِصْفَ العَبْدِ وقِيمَةَ نِصْفِه ، وذلك يَعْدِلُ شَيْئَيْن ، فتَبَيَّنَ أنَّ الشىءَ نِصْفُ العَبْدِ . وإن كانتْ قِيمَتُه دِيَتَيْن ، واخْتارَ دَفْعَه ، فإنَّ الهِبَةَ تَجُوزُ فى شىءٍ ، وتَدْفَعُ إليهم نِصْفَه ، يَبْقَى معهم عبدٌ إلَّا نِصْفَ شىءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْن ، فالشىءُ خُمْساه ، وتَرُدُّ إليهم ثلاثةَ أخْماسِه لانْتِقاصِ[(1)] الهِبَةِ ، وخُمْسًا مِن أجْلِ جنايَتِه ، فيَصِيرُ لهم أرْبَعَةُ أخْماسِه ، وذلك مِثْلَا ما جازَتِ الهِبَةُ فيه . وإنِ اخْتارَ فِداءَه ، فَداه بخُمْسَى الدِّيَةِ [(2)]ويَبْقَى لهم ثلاثةُ أخْماسِه وخُمْسَا الدِّيَةِ ، وهى بمَنْزِلَةِ خُمْسِه ، ويَبْقَى له خُمْساه . وإن كانت قِيمَتُه نِصْفَ الدِّيَةِ[(2)] أو أَقَلَّ ، وقُلْنا : يَفْدِيه بأَرْشِ جنايَتِه . نَفَذَتِ الهِبَةُ فى جَمِيعِه ؛ لأنَّ أَرْشَها أكْثَرُ مِن مِثْلَىْ قِيمَتِه . وإن كانت قِيمَتُه ثلاثةَ أخْماسِ الدِّيَةِ ، فاخْتارَ فِداءَه بالدِّيَةِ ، فقد صَحَّتِ الهِبَةُ فى شىءٍ ، ويَفْدِيه بشىءٍ وثُلُثَيْن ، فصارَ مع الوَرَثَةِ عَبْدٌ وثُلُثَا شىءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْن ، فالشىءُ يَعْدِلُ ثلاثةَ أرْباعٍ ، فتَصِحُّ الهِبَةُ فى ثلاثةِ أرْباعِ العَبْدِ ، ويَرْجِعُ إلى الواهِبِ رُبْعُه مائةٌ وخَمْسُون ،

الإنصاف ....

(1) فى م : « لانتقاض » .

(2 - 2) سقط من : م .

الشرح الكبير

وثلاثةُ أرْباعِ الدِّيَةِ سَبْعُمائةٍ وخَمْسُونَ ، صار الجميعُ تِسْعَمائةٍ ، وهو مِثْلَا ما صَحَّتِ الهِبَةُ فيه . فإن تَرَكَ الواهِبُ مائةَ دِينارٍ ، فاضْمُمْها إلى قِيمَةِ العَبْدِ ، فإنِ اخْتارَ دَفْعَ العَبْدِ ، دَفَعَ ثُلُثَه ورُبْعَه ، وذلك قَدْرُ نِصْفِ جَمِيعِ المالِ بالجِنايَةِ وباقِيه لانْتقاصِ[1] الهِبَةِ ، فيَصِيرُ للوَرَثَةِ العَبْدُ والمائةُ ، وذلك مِثْلَا[2] ما جازَتِ الهِبَةُ فيه . وإنِ اخْتارَ الفِداءَ ، فقد عَلِمْتَ أنَّه يَفْدِى ثلاثةَ أرْباعِه إذا لم يَتْرُكْ شيئًا ، فَزِدْ على ذلك ثلاثةَ أرْباعِ المائةِ ، يَصِرْ ذلك سَبْعَةَ أثْمانِ العَبْدِ ، فيَفْدِيه بسَبْعَةِ أثْمانِ الدِّيَةِ .

فصل فى إعْتاقِ المَرِيضِ : مَرِيضٌ [٥/٢٦٢ظ] أعْتَقَ عَبْدًا لا مالَ له[2] سِواه ، قِيمَتُه مائةٌ ، فقَطَعَ إصْبَعَ سَيِّدِه خَطأً ، فإنَّه يَعْتِقُ نِصْفُه ، وعليه نِصْفُ قِيمَتِه ، ويَصِيرُ للسَّيِّدِ نِصْفُه ونِصْفُ قِيمَتِه ، وذلك مِثْلَا ما عَتَقَ منه ، وأوْجَبْنا نِصْفَ قِيمَتِه عليه ؛ لأنَّ عليه مِن أَرْشِ جِنايَتِه بقَدْرِ ما عَتَقَ منه ، وحِسابُها أن تقولَ : عَتَقَ منه شيءٌ ، وعليه شيءٌ للسَّيِّدِ ، فصار مع السَّيِّدِ عَبْدٌ إلَّا شيئًا ، وشيءٌ يَعْدِلُ شَيْئَيْن ، فأسْقِطْ شيئًا[2] بشيءٍ ، بَقِىَ ما معه مِن العَبْدِ[3] يَعْدِلُ شيئًا مثلَ ما عَتَقَ منه . وإن كانت قِيمَةُ العَبْدِ مائَتَيْن ، عَتَقَ خُمْساه ؛ لأنَّه يَعْتِقُ منه شيءٌ ، وعليه نِصْفُ شيءٍ للسَّيِّدِ ، فصار للسَّيِّدِ نِصْفُ شيءٍ ، وبَقِيَّةُ العَبْدِ تَعْدِلُ شَيْئَيْن ، فتكونُ بَقِيَّةُ العَبْدِ

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « لانتقاض » .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى م : « العبيد » .

الشرح الكبير

تَعْدِلُ شيئًا ونِصْفًا ، وهو ثلاثةُ أخْماسِه ، والشىءُ الذى عَتَقَ خُمْساه . وإن كانت قِيمَتُه خَمْسِينَ أو أقلَّ ، عَتَقَ كلُّه ؛ لأنَّه يَلْزَمُه مائةٌ ، وهى مِثْلاه أو أكْثَرُ . وإن كانت قِيمَتُه شَيْئَيْن ، قُلْنا : عَتَقَ منه شىءٌ ، وعليه شىءٌ وثُلُثا شىءٍ للسَّيِّدِ ، مع بَقِيَّةِ العَبْدِ ، تَعْدِلُ شيْئَيْن ، فبَقِيَّةُ العَبْدِ إذًا ثُلُثُ شىءٍ ، فيَعْتِقُ منه ثلاثةُ أرْباعِه . وعلى هذا القياسُ ، إلَّا أنَّ ما زاد مِن العِتْقِ على الثُّلُثِ ، يَنْبَغِى أن يَقِفَ على أداءِ ما يقابِلُه مِن القِيمَةِ ، كما إذا دَبَّرَ عَبْدًا وله دَيْنٌ فى ذِمَّةِ غَرِيمٍ له ، فكلَّما اقْتَضَى مِن القِيمَةِ شيئًا عَتَقَ مِن المَوْقُوفِ بقَدْرِ ثُلُثِه .

فصل : فإن أعْتَقَ عَبْدَيْن دَفْعَةً واحِدَةً ، قِيمَةُ أحَدِهما مائةٌ والآخرِ مائةٌ وخَمْسُونَ ، فجَنَى الأدْنَى على الأرْفَعِ جِنايَةً نَقَصَتْه ثُلُثَ قِيمَتِه ، وأرْشُها كذلك فى حياةِ[1] السَّيِّدِ ، ثم مات ، أقْرَعْنا بينَ العَبْدَيْن ، فإن وَقَعَتْ على الجانِى ، عَتَقَ منه أرْبَعَةُ أخْماسِه ، وعليه مِن أرْشِ الجِنايَةِ مثلُ ذلك ، وبَقِىَ لوَرَثَةِ سَيِّدِه خُمْسُه وأرْشُ جِنايَتِه والعَبْدُ الآخَرُ ، وذلك مائةٌ وسِتُّونَ ، وهو مِثْلَا ما عَتَقَ منه ، وحِسابُها أن تقولَ : عَتَقَ منه شىءٌ ، وعليه نِصْفُ شىءٍ ؛ لأنَّ جِنايَتَه بقَدْرِ نِصْفِ قِيمَتِه ، بَقِىَ للسَّيِّدِ نِصْفُ شىءٍ ، وبَقِيَّةُ العَبْدَيْن[2] تَعْدِلُ شَيْئَيْن ، فَعَلِمْتَ أنَّ بَقِيَّةَ العَبْدَيْن تَعْدِلُ شيئًا ونِصْفًا ، فإذا أضَفْتَ إلى ذلك الشىءَ الذى عَتَقَ ، صارا جَمِيعًا يَعْدِلان شَيْئَين

(1) فى النسخ : « جناية » والمثبت كما فى المغنى ٨/٥٠٧ .

(2) فى م : « العبد » .

الشرح الكبير

ونِصْفًا ، فالشىءُ الكامِلُ خُمْسَاهما ، وذلك أرْبَعةُ أخْماسِ أحَدِهما . وإن وَقعَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ على [٢٦٣/٥و] المَجْنِىِّ عليه ، عَتَقَ ثُلُثُه ، وله ثُلُثُ أرْشِ جِنايَتِه ، يتعَلَّقُ برَقَبَةِ الجانِى ، وذلك تُسْعُ الدِّيَةِ ؛ لأنَّ الجِنايَةَ على مَن ثُلُثُه حُرٌّ تُضْمَنُ بقَدْرِ ما فيه مِن الحُرِّيَّةِ والرِّقِّ ، والواجِبُ مِن الأَرْشِ يَسْتَغرِقُ قِيمَةَ الجانِى ، فيَسْتَحِقُّه بها ، ولا يَبْقَى لسَيِّدِه مالٌ سِواه ، فيَعْتِقُ ثُلُثُه ، ويَرِقُّ ثُلُثاه . فإن أعْتَقَ عَبْدَيْن ، قِيمَةُ أحَدِهما خَمْسُون ، والآخَرُ قِيمَتُه ثَلاثُون ، فجَنَى الأدْنَى على الأرْفَعِ فنَقَصَه حتى صارت قِيمَتُه أرْبَعِين ، أقْرَعْنا بينَهما ، فإن خَرَجَتِ القُرْعَةُ للأدْنَى ، عَتَقَ منه شىءٌ ، وعليه ثُلُثُ شىءٍ ، فبعدَ الجَبْرِ تَبَيَّنَ أنَّ العَبْدَيْن شَيْئان وثُلُثان ، فالشىءُ ثلاثةُ أثْمانِهما ، وقِيمَتُهما سَبْعُون ، فثلاثةُ أثْمانِهما سِتَّةٌ وعِشْرُون ورُبْعٌ ، وهى مِن الأدْنَى نِصْفُه ورُبْعُه وثُمْنُه . وإن وَقَعَتْ على الآخَرِ ، عَتَقَ ثُلُثُه ، وحَقُّه مِن الجِنايَةِ أكْثَرُ مِن قِيمَةِ الجانِى ، فيَأْخُذُه بها أو يَفْدِيه المُعْتِقُ . وقد بَقِيَتْ[1] فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ ، وفيما ذَكَرْنا ما يُسْتَدَلُّ به على غيرِه ، إن شاء اللهُ تعالى . وكلُّ مَوْضِعٍ زادَ العِتْقُ على ثُلُثِ العَبْدَيْنِ مِن أجْلِ وُجُوبِ الأَرْشِ للسَّيِّدِ ، تكونُ الزِّيادَةُ مَوْقُوفَةً على أداءِ الأَرْشِ ، كما ذَكَرْنا مِن قبلُ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف ....

(١) في م : « ثبتت » .

المقنع

وَإِنْ بَاعَ مَرِيضٌ قَفِيزًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ يُسَاوِى ثَلَاثِينَ بِقَفِيزٍ يُسَاوِى عَشَرَةً ، فَأَسْقِطْ قِيمَةَ الرَّدِىءِ مِنْ قِيمَةِ الْجَيِّدِ ، ثُمَّ انسِبِ الثُّلُثَ إِلَى الْبَاقِى ، وَهُوَ عَشَرَةٌ مِنْ عِشْرِينَ ، تَجِدْهُ نِصْفَهَا ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِى نِصْفِ الْجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِىءِ ، وَيَبْطُلُ فِيمَا بَقِىَ .

الشرح الكبير

٢٦٤٤ - مسألة : (وإن باع مَرِيضٌ قَفِيزًا لا يَمْلِكُ غيرَه يُسَاوِى ثَلاثِين بِقَفِيزٍ يُساوى عَشَرَةً) وهما جِنْسٌ واحِدٌ ، فيَحْتاجُ إلى تَصْحِيحِ البَيْعِ فى جُزْءٍ منه مع التَّخَلُّصِ مِن الرِّبا ؛ لكونِه يَحْرُمُ التَّفاضُلُ بينَهما ، فالطَّرِيقُ فى ذلك أن (يُسْقِطَ قِيمَةَ الرَّدِىءِ مِن قِيمَةِ الجَيِّدِ ، ثم يَنْسِبَ الثُّلُثَ إلى ما بَقِىَ ، وهو عَشَرَةٌ مِن عِشْرِين ، وذلك نِصْفُها ، فيَصِحُّ البَيْعُ فى نِصْفِ الجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِىءِ ، ويَبْطُلُ فيما بَقِىَ) وطَرِيقُ الجَبْرِ أن تقولَ : يَصِحُّ

الإنصاف

فائدة : قولُه : وإنْ باعَ مَرِيضٌ قَفِيزًا لا يمْلِكُ غيرَه يُساوِى ثلاثين بقَفِيزٍ يُساوِى عَشَرَةً ، فأسْقِطْ قِيمَةَ الرَّدِىءِ مِن قِيمَةِ الجَيِّدِ ، ثم انسِبِ الثُّلُثَ إلى الباق ؛ وهو عَشَرَةٌ مِن عِشْرِين ، تَجِدْه نِصْفَها ، فيَصِحُّ البَيْعُ فى نِصْفِ الجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِىءِ ، ويَبْطُلُ فيما بَقِىَ . وهذا بلا نِزاعٍ . وإنْ شِئْتَ فى عَمَلِها أيضًا ، فانْسُبْ ثُلُثَ الأكْثَرِ مِنَ المُحاباةِ ، فيَصِحُّ البَيْعُ فيهما بالنِّسْبَةِ ، وهو هنا نِصْفُ الجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِىءِ . وإنْ شِئْتَ فاضْرِبْ ما حاباه فى ثَلاثَةٍ ، يَبْلُغْ سِتِّين ، ثم انْسُبْ قِيمَةَ الجَيِّدِ إليها ، فهو نِصْفُها ، فيَصِحُّ بَيْعُ نِصْفِ الجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِىءِ . وإنْ شِئْتَ فقُلْ : قَدْرُ المُحاباةِ الثُّلُثان ، ومَخْرَجُهما ثلاثَةٌ ، فَخُذْ للمُشْتَرِى سَهْمَيْن منه ، وللوَرَثَةِ أرْبَعَةً ، ثم انْسُبِ المُخْرَجَ إلى الكُلِّ بالنِّصْفِ ، فيَصِحُّ بَيْعُ أحَدِهما بِنِصْفِ الآخَرِ . وبالجَبْرِ ، يَصِحُّ بَيْعُ شىءٍ مِنَ الأعْلَى بشىءٍ مِنَ الأدْنَى ، قِيمَتُه ثُلُثُ شىءٍ من الأعْلَى ، فتكونُ المُحاباةُ

الشرح الكبير

البَيْعُ فى شىءٍ من الأَرْفَعِ بشىءٍ مِن الأَدْنَى ، وقِيمَتُه ثُلُثُ شىءٍ ، فتكونُ المُحاباةُ بثُلُثَىْ شىءٍ ، أَلْقِها مِن الأَرْفَعِ ، يَبْقَ قَفِيزٌ إلَّا ثُلُثَىْ شىءٍ ، يَعْدِلُ مِثْلَى المُحاباةِ ، وذلك شىءٌ وثُلُثٌ ، فإذا جَبَرْتَه[1] عَدَل شَيْئَيْن ، والشىءُ

الإنصاف

بثُلُثَىْ شىءٍ منه ، فأَلْقِها منه ، فيَبْقَى قَفِيزٌ إلَّا ثُلُثَىْ شىءٍ يَعْدِلُ مِثْلَى المُحاباةِ منه ؛ وهو شىءٌ وثُلُثُ شىءٍ ، فإذا جَبرتَ وقابَلْتَ عِدْلَ شَيْئَيْن ، فالشَّىْءُ نِصْفُ قَفِيزٍ . وإنَّما فُعِلَ هذا ؛ لئَلَّا يُفْضِىَ إلى رِبا الفَضْلِ . فلو كانَ لا يحْصُلُ فى ذلك رِبًا ؛ مثلَ ما لو باعَه عَبْدًا يُساوِى ثَلاثِين ، لايمْلِكُ غيرَه ، بعَشَرَةٍ ، ولم تُجزِ الوَرَثَةُ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ صِحَّةُ بَيْعِ ثُلُثِه بالعَشَرَةِ ، والثُّلُثان كالهِبَةِ ، فيَرُدُّ الأَجْنَبِىُّ نِصْفَهما ؛ وهو عَشَرَةٌ ، ويأْخُذُ عَشَرَةً بالمُحابَاةِ ؛ لِنِسْبَتِها[2] مِن قِيمَتِه . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . قال الحارِثِىُّ : اخْتارَه القاضى ، ومَن وافقَه . وعنه ، يصِحُّ فى نِصْفِه بِنِصْفِ ثَمَنِه ، كالأُولَى[3] ؛ لِنِسْبَةِ الثُّلُثِ مِنَ المُحاباةِ ، فصَحَّ بقَدْرِ النِّسْبَةِ ، ولا شىءَ للمُشْتَرِى سِوَى الخِيارِ . اخْتارَه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » . ولك عمَلُها بالجَبْرِ ؛ فتقولُ : يصِحُّ البَيْعُ فى شىءٍ بثُلُثِ شىءٍ ، فيَبْقَى العَبْدُ إلَّا ثُلُثَىْ شىءٍ ، يعْدِلُ شيئًا وثُلُثًا فاجْبُرْ وقابِلْ ، يَبْقَى عَبْدٌ يعْدِلُ شَيْئَين ، فالشَّىءُ نِصْفُه ، فيَصِحُ بَيْعُ نِصْفِ العَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ؛ لأَنَّ المَسْأَلَةَ تدورُ بأَنَّ ما نفذَ البَيْعُ فيه خارِجٌ مِنَ التَّرِكَةِ ، وما قابلَه مِنَ الثَّمَنِ داخِلٌ فيها ، ومعْلومٌ أَنَّ ما يَنْفُذُ فيه البَيْعُ ، يزيدُ بقَدْرِ زِيادَةِ

---

(١) فى م : « جبر به » .

(٢) فى الأصل ، ط : « لنسبتهما » .

(٣) فى الأصل : « كأول » .

المقنع

وَإِنْ أَصْدَقَ امْرَأَةً عَشَرَةً لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ، وَصَدَاقُ مِثْلِهَا خَمْسَةٌ ، فَمَاتَتْ قَبْلَهُ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَلَهَا بِالصَّدَاقِ خَمْسَةٌ ، وَشَىْءٌ بِالْمُحَابَاةِ ،

الشرح الكبير

نِصْفُ القَفِيزِ ، فإن كانت قِيمَةُ الأدْنَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، فإذا أسْقَطْتَ قِيمَةَ الرَّدِىءِ مِن قِيمَةِ الجَيِّدِ ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، إذا نَسَبْتَ إليهما الثُّلُثَ يكونُ ثُلُثَيْها ، فيَصِحُّ البَيْعُ فى ثُلُثَى الجَيِّدِ بثُلُثَى الرَّدِىءِ ، فحَصَلَتِ المُحاباةُ بعَشَرَةٍ ، وذلك ثُلُثُ المالِ . فإن كان الأدْنَى [٢٦٣/٥ظ] يُساوِى عِشْرِين ، صَحَّتْ فى جميعِ الجَيِّدِ بجَمِيعِ الرَّدِىءِ .

٢٦٤٥ – مسألة : (وإن أصْدَقَ امرأةً عَشَرَةً) فى مَرَضِه (لا مالَ له غيرُها ، وصَداقُ مِثْلِها خَمْسَةٌ ، ثم ماتت قبلَه ، ومات) بعدَها ، ولا مالَ لها سِوَى ما أصْدَقَها ، دَخَلَها الدَّوْرُ فتقولُ : (لها خَمْسَةٌ بالصَّداقِ ، وشىءٌ بالمحاباةِ) ويَبْقَى لوَرَثَةِ الزَّوْجِ خَمْسَةُ الأشياءِ (ورَجع إليهم بمَوْتِها

الإنصاف

التَّرِكَةِ ، وينْقُصُ بقَدْرِ نُقْصانِها ، وتزيدُ التَّرِكَةُ بقَدْرِ زِيادَةِ المُقابِلِ الدَّاخِلِ ، ويزيدُ المُقابِلُ بقَدْرِ زِيادَةِ المَبِيعِ . وذلك دَوْرٌ . وعنه ، يصِحُّ البَيْعُ ، ويدْفَعُ بقِيَّةَ قِيمَتِه عشَرَةً[1] ، أو يفْسَخُ . قال الحارِثِىُّ : وهو ضعيفٌ . وأطْلَقَهُنَّ . فعلى المذهبِ ، لو كانتِ المُحاباةُ مع وارِثٍ ، صحَّ البَيْعُ ، على الأصحِّ ، فى ثُلُثِه ولا مُحاباةَ . وعلى الرِّوايَةِ الثَّالثَةِ ، يدْفَعُ بقِيَّةَ قِيمَتِه عِشْرِين ، أو يفْسَخُ . وإذا أفْضَى إلى إقالَةٍ بزِيادَةٍ ، أو رِبا فَضْلٍ ، تَعَيَّنَتِ الرِّوايَةُ الوُسْطَى ، كالمَسْأَلَةِ التى ذُكِرَتْ أوَّلًا ، ونحوِها .

قوله : وإنْ أصْدَقَ امْرَأةً عَشَرَةً لا مالَ له غيرُها ، وصَداقُ مِثْلِها خَمْسَةٌ ، فماتَتْ

---

(١) فى ط : « عشرين » .

المقنع

رَجَعَ إِلَيْهِ نِصْفُ [١٦٠و] ذَلِكَ بِمَوْتِهَا ، صَارَ لَهُ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْهَا بِنِصْفِ شَيْءٍ وَقَابِلْ ، يَخْرُجِ الشَّيْءُ ثَلَاثَةً ، فَلِوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ وَلِوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ .

الشرح الكبير

نِصْفُ ذلك) وهو اثْنان ونِصْفٌ ونِصْفُ شيءٍ (صار لهم سَبْعَةٌ ونِصْفٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْن ، اجْبُرْها بنِصْفِ شيءٍ وقابِلْ) فزِدْ على الشَّيْئَيْن نِصْفَ شيءٍ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ ونِصْفٌ تَعْدِلُ شَيْئَيْن ونِصْفًا ، فالشيءُ ثلاثةٌ ، فَلِورَثَتِه سِتَّةٌ ، ولوَرَثَتِها أَرْبَعَةٌ ؛ لأَنَّها كان لها خَمْسَةٌ وشيءٌ ، وذلك ثَمانِيَةٌ ، رَجَع إلى وَرَثَتِه نِصْفُها ، وهى أَرْبَعَةٌ ، صار لهم سِتَّةٌ ، ولوَرَثَتِها أَرْبعَةٌ ، على ما ذكَرْنا . فإن تَرَك الزَّوْجُ خَمْسَةً أُخْرَى ، قُلْتَ : يَبْقَى مع وَرَثَةِ الزَّوْجِ اثْنا عَشَرَ ونِصْفٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْن ، فالشيءُ خَمْسَةٌ ، فجازَتْ لها المُحاباةُ جَمِيعُها ، ورَجَع جَمِيعُ ما حاباها به إلى وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، وبَقِىَ لوَرَثَتِها صَداقُ مِثْلِها . فإن كان للمرأةِ خَمْسَةٌ ، ولم يكنْ للزَّوْجِ شيءٌ ، قُلْتَ : يَبْقَى مع وَرَثَةِ الزَّوْجِ عَشَرَةٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْن ، فالشيءُ أَرْبعَةٌ ، فيكونُ لها بالصَّداقِ تِسْعَةٌ مع خَمْسَتِها أَرْبعةَ عَشَرَ ، رَجَع إلى وَرَثَةِ الزَّوْجِ نِصْفُها مع الدِّينارِ الذى بَقِىَ لهم ، صار لهم

الإنصاف

قبلَه ، ثم ماتَ ، فلها بالصَّداقِ خَمْسَةٌ وشيءٌ [٢٦٣/٢و] بالمُحاباةِ ، رجَع إليه نِصْفُ ذلك بمَوْتِها ، صارَ له سَبْعَةٌ ونِصْفٌ إلَّا نِصفَ شيءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْن ، اجْبُرْها بنِصْفِ شيءٍ ، وقابِلْ ، يَخْرُجِ الشَّيءُ ثَلاثَةً ، فلوَرَثَتِه سِتَّةٌ ، ولوَرَثَتِها أَرْبَعَةٌ . وهذا بلا نِزاعٍ .

المقنع

وَإِنْ مَاتَ قَبْلَهَا ، وَرِثَتْهُ ، وَسَقَطَتِ الْمُحَابَاةُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، تُعْتَبَرُ الْمُحَابَاةُ مِنَ الثُّلُثِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ .

الشرح الكبير

ثمانِيَةٌ ، ولوَرَثَتِها سَبْعَةٌ . وإن كان عليها دَيْنٌ ثلاثةٌ ، قلتَ : يَبْقَى مع وَرَثَةِ الزَّوْجِ سِتَّةٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْن ، فالشيءُ دِيناران وخُمْسانِ . والبابُ فى هذا أن تَنْظُرَ ما يَبْقَى فى يَدِ وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، فخُمْساه هو الشيءُ الذى صَحَّتِ المُحاباةُ فيه ؛ وذلك لأنَّه بعدَ الجَبْرِ يَعْدِلُ شَيْئَيْن ونِصْفًا ، والشيءُ هو خُمْساها ، وإن شِئتَ أَسْقَطْتَ خَمْسَةً ، وأَخَذْتَ نِصْفَ ما بَقِىَ .

٢٦٤٦ – مسألة : (وإن مات قبلَها ، وَرِثَتْه ، وسَقَطَتِ المُحاباةُ) لأنَّ حُكْمَها فى المَرَضِ حُكْمُ الوَصِيَّةِ فى أنَّها لا تَصِحُّ لوارِثٍ (وعنه ، تُعْتَبَرُ المُحاباةُ مِن الثُّلُثِ) لأنَّها مُحاباةٌ لمَن تَجُوزُ له الصَّدَقَةُ عليه ، فاعْتُبِرَتْ مِن الثُّلُثِ ، كمُحاباةِ الأجْنَبِىِّ ، إلَّا أنَّ أبا بكرٍ قال : هذا قولٌ قَدِيمٌ رَجَع عنه .

الإنصاف

وقوله : وإنْ ماتَ قبلَها ، وَرِثَته وسَقَطَتِ المُحاباةُ . نصَّ عليه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وصحَّحه النَّاظِمُ . وعنه ، تُعْتَبَرُ المُحاباةُ مِنَ الثُّلُثِ . قالَ أبو بَكْرٍ : هذا قَوْلٌ قدِيمٌ رجَع عنه . قال الحارِثِىُّ : قوْلُ أبِى بَكْرٍ : إنَّه مَرْجُوعٌ عنه . لا دَلِيلَ عليه مِن تارِيخٍ ولا غيرِه . وفيه وَجْهٌ ، إنْ وَرِثَته ، فوَصِيَّةٌ لوارِثٍ . قال فى « الفُروعِ » : وزِيادَةُ مَرِيضٍ على

المقنع

فَصْلٌ : وَلَوْ مَلَكَ ابْنَ عَمِّهِ ، فَأَقَرَّ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ ، عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَهُ كَانَ

الشرح الكبير

[٥/٢٦٤و] **فصل** : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (ولو مَلَكَ ابنَ عَمِّه ، فأقَرَّ فى مَرَضِه أنَّه أعْتَقَه فى صِحَّتِه) وهو وارِثُه (عَتَقَ ولم يرِثْ . ذكَرَه أبو الخَطّابِ ؛ لأنَّه لو وَرِثَه كان إقْرارُه لوارِثٍ) فيَبْطُلُ عِتْقُه ؛ لأنَّه مُرَتَّبٌ على صِحَّةِ الإقْرارِ ، ولا يَصِحُّ الإقْرارُ للوارِثِ ، وإذا بَطَل عِتْقُه ، سَقَط الإرْثُ . فعلى هذا ، تَثْبُتُ الحُرِّيَّةُ ولا يَرِثُ ؛ لأنَّ تَوْرِيثَه يُفْضِى إلى إسْقاطِ

الإنصاف

مَهْرِ المِثْلِ مِن ثُلُثِه . نصَّ عليه . وعنه ، لا يَسْتَحِقُّها . صحَّحها ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه . قال أحمدُ : هى كوَصِيَّةٍ لوارِثٍ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو وهَبَها كلَّ مالِه ، فماتَتْ قبلَه ، فلوَرَثَتِه أربَعةُ أخْماسِه ، ولورَثَتِها خُمْسُه . ويأْتِى فى بابِ الخُلْعِ إذا خالَعَها ، وحاباها ، أو خالَعَتْه فى مَرضِ مَوْتِها . الثانيةُ ، قال فى « الانْتِصارِ » : له لُبْسُ النّاعِمِ وأكْلُ الطَّيِّبِ لحاجَتِه ، وإنْ فعَلَه لتَفْويتِ الوَرَثَةِ ، مُنِعَ مِن ذلك . وقالَه المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الحارِثِىُّ . وفى « الانْتِصارِ » أيضًا ، يُمْنَعُ إلَّا بقَدْرِ حاجَتِه وعادَتِه ، وسلِمه أيضًا ؛ لأنَّه لا يُسْتَدْرَكُ كإتْلافِه . وجزَم به الحَلْوانِىُّ فى الحَجْرِ . وجزَم به غيرُ الحَلْوانِىِّ أيضًا ، وابنُ شِهابٍ . وقال : لأنَّ حقَّ الوَرَثَةِ لم يتعَلَّقْ بعَيْنِ مالِه .

قوله : ولو ملَكَ ابنَ عَمِّه ، فأقَرَّ فى مَرَضِه أنَّه أعْتَقه فى صِحَّتِه ، عتَقَ و لم يَرِثْه ، ذكَرَه أبو الخَطَّابِ - والسَّامَرِّىُّ ، وغيرُهما - لأنَّه لو وَرِثَه كان إقْرارُه لوارِثٍ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » : هذا أقْيَسُ . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » . والمَنْصوصُ عن أحمدَ ، أنَّه يعْتِقُ ويَرِثُ . وهو المذهبُ . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ،

المقنع

إِقْرَارُهُ لِوَارِثٍ ، وَكَذَلِكَ عَلَى قِيَاسِهِ ، لَوِ اشْتَرَى ذَا رَحِمِهِ الْمَحْرَمِ فِي مَرَضِهِ وَهُوَ وَارِثُهُ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، أَوْ وَهَبَ لَهُ فَقَبِلَهُ فِي مَرَضِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَعْتِقُ وَيَرِثُ .

الشرح الكبير

تَوْرِيثِه . ويَحْتَمِلُ أن يَرِثَ ؛ لأنَّه حينَ الإِقْرارِ لم يكنْ وارِثًا ، فوَجَبَ أن يَرِثَ ، كما لو لم يَصِرْ وارِثًا . وعلى قياسِ ذلك (لو اشْتَرَى ذا رَحِمِه المَحْرَمِ فى مَرَضِه وهو وارِثُه ، أو وَصَّى له به ، أو وَهَبَ له فقَبِلَه فى مَرَضِه) فالحُكْمُ فى ذلك كالمسألةِ قبلَها سَواءٌ ؛ لِما ذَكَرْنا . وذَكَر شيخُنا[1] ، أنَّه إذا مَلَكَه بغيرِ عِوَضٍ ، كالهِبَةِ والمِيراثِ ، أنه يَعْتِقُ ، ويَرِثُ المَرِيضَ إذا مات . وبه قال مالِكٌ ، وأكْثَرُ أصْحاب الشافعىِّ . وقال بعضُهم : يَعْتِقُ ولا يَرِثُ . كما قال أبو الخطّابِ ؛ لأنَّ عِتْقَه وَصِيَّةٌ ، فلا تَجْتَمِعُ مع المِيراثِ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لو كان وَصِيَّةً لاعْتُبِرَ مِن الثُّلُثِ ، كما لو اشْتَراه ، (2)وجَعَل أهْلُ العِراقِ عِتْقَ المَوْهُوبِ وَصِيَّةً يُعْتَبَرُ خُرُوجُه من الثُّلُثِ(2) . وإن خَرَج مِن الثُّلُثِ ، عَتَقَ ووَرِث ، وإن لم يَخْرُجْ مِن

الإنصاف

وغيرِهم . (3)وهو احْتِمالٌ فى « الشَّرْحِ »(3) . قال الحارِثىُّ : هذا المذهبُ . فعلى المذهبِ ، يعْتِقُ مِن رَأْسِ مالِه ، على الصَّحيحِ . نصَّ عليه . وقيل : مِنَ الثُّلُثِ . فعلى الصَّحيحِ المَنْصُوصِ ، لو اشْتَرَى ابْنَه بخَمْسِمِائَةٍ ، وهو يُساوِى ألْفًا ، فقَدْرُ المُحاباةِ مِن رَأْسِ مالِه .

---

(1) فى : المغنى ٨/٤٧٩ .
(٢ - ٢) مضروب عليها فى الأصل .
(٣ - ٣) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

الثُّلُثِ ، سَعَى فى قِيمَةِ باقِيه ، ولم يَرِثْ فى قولِ أبى حنيفةَ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يُحْتَسَبُ بقِيمَتِه مِن مِيراثِه ، فإن فَضَل مِن قِيمَتِه شىءٌ ، سَعَى فيه . ولَنا ، أنَّ الوَصِيَّةَ هى التَّبَرُّعُ بمَالِه[1] بعَطِيَّةٍ أو إتْلافٍ ، أو التَّسَبُّبُ إلى ذلك ، ولم يُوجَدْ واحِدٌ منهما ؛ لأنَّ العِتْقَ ليس مِن فِعْلِه ، ولا يَقِفُ على اخْتيارِه ، وقَبُولُ الهِبَةِ ليس بعَطِيَّةٍ ولا إتْلافٍ لمالِه ، إنَّما هو

الإنصاف

فوائد ؛ الأُولَى ، لو اشْتَرَى مَن يعْتِقُ على وارِثِه ، صحَّ ، وعتَقَ على وارِثِه ، وإنْ دبَّرَ ابنَ عَمِّه ، عتَقَ ، والمَنْصُوصُ ، لا يَرِثُ . وقيل : يَرِثُ . الثَّانيةُ ، لو قال : أنتَ حُرٌّ فى آخِرِ حَياتِى . عتَقَ . قال فى « الفُروعِ » : والأَشْهَرُ أنَّه يَرِثُ ، وليس عِتْقُه وَصِيَّةً له ، فهو وَصِيَّةٌ لوارِثٍ . الثَّالثةُ ، لو علَّق عِتْقَ عَبْدِه بمَوْتِ قَرِيبِه ، لم يَرِثْه . ذكَرَه جماعةٌ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قال القاضى : لأنَّه لاحقَّ له فيه . قال فى « الفُروعِ » : ويَتَوَجَّهُ الخِلافُ . الرَّابعَةُ ، لو علَّق عِتْقَ عَبْدِه على شىءٍ ، فوُجِدَ وهو مَريضٌ ، عتَق مِن كلِّ مالِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : مِن ثُلُثِه . ويأْتِى فى آخِرِ كِتابِ العِتْقِ ، لو أعْتَق بعضَ عَبْدٍ ، أو دبَّرَه فى مَرَضِ مَوْتِه . وأحْكامٌ أُخَرُ .

قوله : وكذلك على قِياسِه ؛ لو اشْتَرَى ذارَحِمِه المَحْرَمِ فى مَرَضِه ، وهو وارِثُه ، أو وُصِّىَ له به ، أو وُهِبَ له ، فقَبِلَه فى مَرَضِه - يعْنِى ، أنَّه يعْتِقُ ولا يَرِثُ ، على

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

تَحْصِيلٌ لشيءٍ يَتْلَفُ بتَحْصِيله ، فأَشْبَهَ قَبُولَه لشيءٍ لا يُمْكِنُه حِفْظُه ، أو لِما يَتْلَفُ بِبَقائِه في وَقْتٍ لا يُمْكِنُه التَّصَرُّفُ فيه ، وفارَقَ الشِّراءَ ، فإنَّه تَضْيِيعٌ لمالِه في ثَمَنِه . قال القاضي : هذا المَذْكُورُ قِياسُ قولِ أحمدَ ؛ لأنَّه قال في مَواضِعَ : إذا وَقَف في مَرَضِه على وَرَثَتِه ، صَحَّ ، ولم تكنْ وَصِيَّةً ؛ لأنَّ الوَقْفَ ليس بمالٍ ؛ لأنَّه لا يُباعُ ولا يُورَثُ . قال الخَبْرِيُّ : هذا قولُ أحمدَ ، وابنِ [٥/٢٦٤ظ] الماجِشُون ، وأَهْلِ البَصْرَةِ . ولم يَذْكُرْ فيه عن أحمدَ خِلافَه . فأمّا إنِ اشْتَرَى مَن يَعْتِقُ عليه ، فقال القاضي : إن حَمَلَه الثُّلُثُ ، عَتَقَ ووَرِثَه . وهذا قولُ مالكٍ ، وأبي حنيفةَ . وإن لم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ ، عَتَقَ منه بقَدْرِ الثُّلُثِ ، ويَرِثُ بقَدْرِ ما فيه مِن الحُرِّيَّةِ ، وباقِيه على الرِّقِّ . فإن كان الوارِثُ ممَّن يَعْتِقُ عليه إذا مَلَكَه ، عَتَقَ عليه إذا وَرِثَه . وقال أبو

الإنصاف

قَوْلِ أبي الخَطَّابِ ، ومَن تَبِعَه[1] . قال في « الرِّعايَةِ » فيما إذا قَبِلَ الهِبَةَ أو الوَصِيَّةَ : هذا أَقْيَسُ – وقالَ القاضي : يَرِثُه . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وصحَّحه الشَّارِحُ . وقدَّمه في « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الفروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يصِحُّ الشِّراءُ إذا كان عليه دَيْنٌ . وقيل : يصِحُّ الشِّراءُ ، ويُباعُ . ذكَرَه في « الرِّعايَةِ » . فعلى المذهبِ ، إذا ملَكَ مَن يَعْتِقُ عليه بهِبَةٍ أو وَصِيَّةٍ ، فإنَّهم يعْتِقُون مِن رَأْسِ المالِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . قال في « الفُروعِ » : فمِن رأْسِ مالِه في المَنْصوصِ . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِي الصَّغِيرِ » . وجزَم به في « المُحَرَّرِ » وغيرِه . واخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وقيل : مِنَ الثُّلُثِ . ذكَرَه في « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » ،

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

يُوسُفَ ، ومحمدٌ ، لا وَصِيَّةَ لوارثٍ ، ويُحْتَسَبُ بقِيمَتِه مِن مِيراثِه ، وإن فَضَل مِن قِيمَتِه شيءٌ سَعَى فيه . وقال بعضُ أصحابِ مالكٍ : يَعْتِقُ مِن رَأْسِ المالِ ويَرِثُ ، كالمَوْهُوبِ والمَوْرُوثِ . وهو قِياسُ قولِ أحمدَ ؛ لكَوْنِه لم يَجْعَلِ الوَقْفَ وَصِيَّةً ، وأجازَه للوارِثِ ، فهذا أَوْلَى ؛ لأنَّ العَبْدَ لا يَمْلِكُ رَقَبَتَه ، فيُجْعَلُ ذلك وَصِيَّةً له ، ولا يَجُوزُ أن يُجْعَلَ الثَّمَنُ وَصِيَّةً له ؛ لأنَّه لم يَصِلْ إليه ، ولا وَصِيَّةَ للبائِعِ ؛ لأنَّه قد عاوَضَ عنه ، وإنَّما هو كبناءِ مَسْجِدٍ وقَنْطَرَةٍ ، فى أنَّه ليس بوَصِيَّةٍ لمَن يَنْتَفِعُ به ، فلا يَمْنَعُه ذلك المِيراثَ . واخْتَلَفَ أصحابُ الشافعىِّ فى قِياسِ قَوْلِه ؛ فقال بعضُهم : إذا حَمَلَه الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَ ؛ لأنَّ عِتْقَه ليس بوَصِيَّةٍ له على ما ذَكَرْنا . وقِيلَ : يَعْتِقُ ولا يَرِثُ ؛ لأنَّه لو وَرِث ، لصارت وَصِيَّةً لوارِثِه ، فتَبْطُلُ وَصِيَّتُه ، ويَبْطُلُ عِتْقُه وإرْثُه ، فيُفْضِى تَوْرِيثُه إلى إبْطالِ تَوْرِيثِه ، فكان إبْطالُ تَوْرِيثِه أَوْلَى . وقِيلَ على مَذْهَبِه : شِراؤُه باطِلٌ ؛ لأنَّ ثَمَنَه وَصِيَّةٌ ، والوَصِيَّةُ يَقِفُ خُرُوجُها مِن الثُّلُثِ ، أو إجازَةِ الوَرَثَةِ ، والبَيْعُ عندَه لا يَجُوزُ أن يكونَ مَوْقُوفًا . ومن مسائِلِ ذلك : مَرِيضٌ وُهِبَ له ابنُه فقَبِلَه ، وقِيمَتُه مائةٌ ، وخَلَّفَ مائتَىْ دِرْهَمٍ وابْنًا آخَرَ ، فإنَّه يَعْتِقُ ، وله مائةٌ ولأخِيه مائةٌ . وهذا

الإنصاف

وغيرِهما . قلتُ : اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . قالَه الحارِثِىُّ . وعلى المذهبِ أيضًا ، لو اشْتَرَى مَن يعْتِقُ عليه بالرَّحِمِ ، فإنَّه يعْتِقُ مِنَ الثُّلُثِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » . واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وعنه ، يعْتِقُ مِن رَأْسِ مالِه . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والحارِثِىُّ ، وغيرُهما . ويَرِثُ

الشرح الكبير

قولُ مالكٍ ، وأبى حَنيفةَ ، والشافعىِّ . وقِيلَ على قولِ الشافعىِّ : لا يَرِثُ ، والمِئتَان كلُّها للابنِ الآخَرِ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَرِثُ نِصْفَ نَفْسِه ونِصْفَ المائتَيْن ، ويَحْتَسِبُ بقِيمَةِ نِصْفِه الباقِى مِن مِيراثِه . وإن كانت قيمَتُه مائتَيْن ، وبَقِيَّةُ التَّرِكَةِ مائةً ، عَتَقَ مِن رَأْسِ المالِ ، والمائةُ بينَه وبين أخِيه . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ منه نِصْفُه ؛ لأنَّه قَدْرُ ثُلُثِ التَّرِكَةِ ، ويَسْعَى فى قِيمَةِ باقِيه ولا يَرِثُ ؛ لأنَّ المُسْتَسْعَى عندَه كالعَبْدِ لا يَرِثُ إلَّا فى أرْبَعَةِ [٥/٢٦٥و] مواضِعَ ؛ الرجلُ يُعْتِقُ أمَتَه على أن تَتَزَوَّجَه . والمرأةُ تُعْتِقُ عَبْدَها على أن يَتَزَوَّجها ، فيَأْبَيانِ ذلك . والعَبْدُ المَرْهُونُ يُعْتِقُه سَيِّدُه . والمُشْتَرِى للعَبْدِ يُعْتِقُه[1] قبلَ قَبْضِه وهما مُعْسِران . ففى هذه المَواضِعِ يَسْعَى كلُّ واحِدٍ فى قِيمَتِه ، وهو حُرٌّ يَرِثُ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَرِثُ نِصْفَ التَّرِكَةِ ، وذلك ثلاثَةُ أرْباعِ رَقَبَتِه ، ويَسْعَى فى رُبْعِ قِيمَتِه لأخِيه . فإن وُهِب له ثلاثُ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ لا مالَ له سِواهُنَّ ولا وارِثَ ، عَتَقْنَ مِن رَأْسِ المالِ . وهذا قولُ مالكٍ . وإن كان اشْتَراهُنَّ فكذلك ، فيما ذَكَرَه الخَبْرِىُّ عن أحمدَ . وهو قولُ ابنِ

الإنصاف

أيضًا . اخْتارَه جماعةٌ ؛ منهم القاضى ، وابنُه أبو الحُسَيْنِ ، وابنُ بكْروسٍ ، والمَجْدُ ، والحارِثِىُّ ، وغيرُهم . قال فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه : فإذا أعْتَقْناه مِنَ الثُّلُثِ ، ووَرَّثْناه ، فاشْتَرَى مريضٌ أباه بثَمَنٍ لا يَمْلِكُ غيرَه ، وترَك ابْنًا ، عتَق ثُلُثُ الأبِ على المَيِّتِ ، وله وَلاؤُه ، ووَرِثَ بثُلُثِه الحُرِّ مِن نفسِه ثُلُثَ سُدْسِ باقِيها

---

(١) فى النسخ : « نصفه » وانظر المغنى ٨/٤٨١ .

الشرح الكبير

الماجِشُون ، وأهْلِ البَصْرَةِ ، وبعضِ أصحابِ مالِكٍ . وعلى قولِ القاضِى ، يَعْتِقُ ثُلُثُهُنَّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وهو قولُ مالِكٍ . وفى الآخرِ ، يَعْتِقْنَ كُلُّهُنَّ ؛ لكَوْنِ وَصِيَّةِ مَن لا وارِثَ له جائِزَةً فى جَمِيعِ مالِه ، فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْن . وإن تَرَك مالًا يَخرُجْنَ مِن ثُلُثِه ، عَتَقْنَ ووَرِثْنَ . وقال أبو حنيفةَ : إذا اشْتَراهُنَّ أو وُهِبْنَ له ، ولا مالَ له سِواهُنَّ ولا وارِثَ ، عَتَقْنَ ، وتَسْعَى كلُّ واحِدَةٍ مِن الأُخْتِ للأبِ والأُخْتِ مِن الأُمِّ فى نِصْفِ قِيمَتِها للأُخْتِ للأبَوْيْنِ ، وإنَّما لم تَرِثا ؛ لأنَّهما لو وَرِثَتا ، لكان لهما (1)خُمْسا الرِّقابِ(1) ، وذلك رَقَبَةٌ وخُمْسٌ ، بينَهما نِصْفَيْن ، فكان يَبْقَى عليهما سِعايَةٌ ، وإذا بَقِيَتْ عليهما سِعايَةٌ ، لم تَرِثا ، وكانت لهما الوَصِيَّةُ ، وهى رَقَبَةٌ بينَهما نِصْفَيْن . وأمّا الأُخْتُ للأبَوَيْن ، فإذا وَرِثَتْ عَتَقَتْ ؛

الإنصاف

المَوْقُوفِ ، ولم يَكُنْ لأحَدٍ وَلاءٌ على هذا الجُزْءِ ، وبَقِيَّةُ الثُّلُثَيْن إرْثٌ للابْنِ يعْتِقُ عليه ، وله وَلاؤُه . وإذا لم نُورِّثْه ، فوَلاؤُه بينَ ابْنِه وابنِ ابْنِه أثْلاثًا . قال فى « القاعِدَةِ السَّابعَةِ والخَمْسِين » : لو اشْتَرَى مريضٌ أباه بثَمَنٍ لا يمْلِكُ غيرَه ، وهو تِسْعَةُ دَنانِيرَ ، وقِيمَةُ الأبِ سِتَّةٌ ، فقد حصَل منه عَطِيَّتان مِن عَطايَا المريضِ ؛ مُحابَاةُ البائعِ بثُلُثِ المالِ ، وعِتْقُ الأبِ ، إذا قُلْنا : إنَّ عِتْقَه مِن الثُّلُثِ . وفيه وَجهان ؛ أحدُهما ، وهو قولُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنِ عَقِيلٍ [٢٦٣/٢ظ] فى « الفُصولِ » ، يتحاصَّان . والثَّانى ، تنْفُذُ المُحاباةُ ، ولا يعْتِقُ الأبُ . وهو اخْتِيارُ صاحِبِ « المُحَرَّرِ » .

(1 - 1) فى م : « خمس » .

الشرح الكبير

لأنَّ لها ثلاثةَ أخْماسِ الرِّقابِ ، وذلك أكْثَرُ مِن قِيمَتِها ، فورِثَتْ وبَطَلَتْ وَصِيَّتُها . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَعْتِقْنَ ، وتَسْعَى كلُّ واحِدَةٍ مِن الأُخْتِ للأبِ والأُخْتِ للأمِّ للأُخْتِ مِن الأبَوَيْن فى خُمْسَىْ قِيمَتِها ؛ لأنَّ كلَّ واحِدَةٍ منهما[1] تَرِثُ ثلاثةَ أخْماسِ رَقَبةٍ . وعلى قولِ الشافعىِّ ، لا يَعْتِقْنَ .

فصل : وإذا اشْتَرَى المَرِيضُ أباه بألْفٍ لا مالَ له سِواه ، ثم ماتَ وخَلَّفَ ابنًا ، فعلى القولِ الذى حَكاه الخَبْرِىُّ ، يَعْتِقُ كلُّه على المَرِيضِ وله وَلاؤُه . وعلى قولِ القاضى : يَعْتِقُ ثُلُثُه بالوَصِيَّةِ ويَعْتِقُ الباقِى على الابنِ ؛ لأنَّه جَدُّه ، ويكونُ ثُلُثُ وَلائِه للمُشْتَرِى ، وثُلُثاه لابنِه . وهذا قولُ مالِكٍ . وقِيلَ : هو مَذْهَبٌ للشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ ثُلُثُه بالوَصِيَّةِ ، ويَسْعَى للابنِ فى قِيمَةِ ثُلُثَيْه . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَعْتِقُ سُدْسُه ؛ لأنَّه وَرِثَه ، ويَسْعَى فى خَمْسَةِ أسْداسِ [٥/٢٦٥ظ] قِيمَتِه للابنِ ، ولا وَصِيَّةَ له . وقِيلَ على قولِ الشافعىِّ : يَنْفَسِخُ البَيْعُ ، إلَّا أن يُجيزَ الابنُ عِتْقَه . وقِيلَ : يُفسَخُ فى ثُلُثَيْه ، ويَعْتِقُ ثُلُثُه ، وللبائعِ الخِيارُ ؛ لتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ عليه . وقِيلَ : لا خِيارَ له ؛ لأنَّه مُتْلِفٌ . فإن تَرَكَ ألْفَيْن سواه ، عَتَقَ كلُّه ، ووَرِثَ سُدْسَ الألْفَيْن ، والباقِى للابنِ . وبهذا قال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ . وقيلَ : نَحْوُه قولُ الشافعىِّ . وقِيلَ على قَوْلِه : يَعْتِقُ ولا يَرِثُ . وقِيلَ :

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

شِراؤُه مَفْسُوخٌ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَرِثُ الأبُ سُدْسَ التَّرِكَةِ ، وهى[1] خَمْسُمائةٍ ، يَحْتَسِبُ بها مِن رَقَبَتِه ، ويَسْعَى فى نِصْفِ قِيمَتِه ، ولا وَصِيَّةَ له . فإنِ اشْتَرَى ابنَه بألْفٍ لا يَمْلِكُ غيرَه ، ومات وخَلَّفَ أباه ، عَتَقَ كلُّه بالشِّراءِ ، فى الوَجْهِ الأوَّلِ . وفى الثانِى ، يَعْتِقُ ثُلُثُه بالوَصِيَّةِ ، وثُلُثاه على جَدِّه عندَ المَوْتِ ، ووَلاؤُه بينَهما أثْلاثًا . وبهذا قال مالِكٌ . وقولُ الشافعىِّ فيه على ما ذَكَرْنا فى مَسْأَلَةِ الأبِ . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ ثُلُثُه بالوَصِيَّةِ ، ويَسْعَى فى قِيمَةِ ثُلُثَيْه للأبِ ولا يَرِثُ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَرِثُ خَمْسَةَ أسْداسِه ، ويَسْعَى فى قِيمَةِ سُدْسِه . فإن تَرَك ألْفَيْن سِواه ، عَتَقَ كلُّه ، ووَرِثَ خَمْسَةَ أسْداسِ الألْفَيْن ، وللأبِ السُّدْسُ . وبهذا قال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : للأبِ سُدْسُ التَّرِكَةِ خَمْسُمائةٍ ، وباقِيها للابنِ ، يَعْتِقُ منها ويَأْخُذُ ألْفًا وخَمْسَمائةٍ . وإن خَلَّفَ مالًا يَخْرُجُ المَبِيعُ مِن ثُلُثِه ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَعْتِقُ كلُّه ويَرِثُ منه ، كأنَّه حُرُّ الأَصْلِ . وعلى الوَجْهِ الثانِى ، يَعْتِقُ منه بقَدْرِ ثُلُثِ التَّرِكَةِ ، ويَرِثُ بقَدْرِ ما فيه مِن الحُرِّيَّةِ . فإن لم يُخَلِّفِ المُشْتَرِى إلَّا أخًا حُرًّا و لم يَتْرُكْ مالًا ، عَتَقَ مِن رأْسِ المالِ على الوَجْهِ الأوَّلِ ، ويَعْتِقُ ثُلُثُه على الثانِى ، ويَرِثُ الأخُ ثُلُثَيْه ، ثم يَعْتِقُ عليه . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ ثُلُثُه ، ويَسْعَى لعَمِّه فى قِيمَةِ ثُلُثَيْه . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَعْتِقُ كلُّه ، ولا سِعايَةَ . وإن خَلَّفَ ألْفَيْن سِواه ، عَتَقَ ، ووَرِثَ الألْفَيْن ، ولا شىءَ للأخِ فى

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

الأقْوالِ ، إلَّا فيما قِيلَ على قولِ الشافعىِّ : إنَّه يَعْتِقُ ولا يَرِثُ . وقِيلَ : شِراؤُه باطِلٌ . فإنِ اشْتَرَى ابنَه بألْفٍ لا يَمْلِكُ غيرَه ، وقِيمَتُه ثُلُثا الألْفِ ، وخَلَّفَ ابْنًا آخَرَ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَعْتِقُ مِن رَأْسِ المالِ ، ويَسْتَقِرُّ مِلْكُ البائِعِ على قَدْرِ قِيمَتِه مِن الثَّمَنِ ، وله ثُلُثُ الباقِى ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ حاباه و لم يَبْقَ مِن التَّرِكَةِ [٥/٢٦٦و] سِواه ، فيكونُ له ثُلُثُه ، وهو تُسْعُ ألْفٍ ، ويَرُدُّ التُّسْعَيْن ، فتكونُ بينَ الابْنَيْن[1] . وعلى الوَجْهِ الثانى ، يَعْتِقُ ثُلُثُه ، ويَرِثُ أخُوه ثُلُثَيْه ، ويَعْتِقُ عليه ، وللبائِعِ ثُلُثُ المُحاباةِ ، ويَرُدُّ ثُلُثَيْها ، فيكونُ مِيراثًا . وقال أبو حنيفةَ : الثُّلُثُ للبائِعِ ، ويَسْعَى المُشْتَرِى فى قِيمَتِه لأخِيه . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَسْعَى فى نِصْفِ رَقَبَتِه ويَرِثُ نِصْفَها . وقال الشافعىُّ : المُحاباةُ مُقَدَّمَةٌ لتَقَدُّمِها ، ويَرِثُ الابنُ الحُرُّ أخاه فيَمْلِكُه . وقِيلَ : يُفْسَخُ البَيْعُ فى ثُلُثَيْه ويَعْتِقُ ثُلُثُه ، ولا تُقَدَّمُ المُحاباةُ ؛ لأنَّ فى تَقْدِيمِها تَقْرِيرَ مِلْكِ الأبِ على وَلَدِه . وقِيلَ : يُفْسَخُ البَيْعُ فى جَمِيعِه . فإن كانت قِيمَتُه [2]ثُلُثَ ألْفٍ[2] ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَعْتِقُ مِن رَأْسِ المالِ ، وتَنْفُذُ المُحاباةُ فى ثُلُثِ الباقِى ، وهو تُسْعَا الألْفِ ، ويَرُدُّ البائِعُ أرْبَعَةَ أتْساعِ الألْفِ ، فتكونُ بينَ الابْنَيْنِ . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، يُقَدَّمُ العِتْقُ على المُحاباةِ ، فيَعْتِقُ

(١) فى م : « الاثنين » .

(٢ - ٢) فى م : « ثلاثة آلاف » .

الشرح الكبير

جَمِيعُه ، ويَرُدُّ البائِعُ ثُلُثَى الأَلْفِ ، فيكونُ بينَهما . والثانِى ، يَعْتِقُ ثُلُثُه ، ويكونُ للبائِعِ تُسْعَا الأَلْفِ ، ويَرُدُّ أَرْبَعَةَ أَتْساعِها ، كما قُلْنا فى الوَجْهِ الأَوَّلِ . وقال أبو حنيفةَ : للبائِعِ بالمُحاباةِ الثُّلُثُ ، ويَرُدُّ الثُّلُثَ ، ويَسْعَى الابنُ فى قِيمَتِه لأخِيه . وفى قولِ أبى يُوسُفَ ، ومحمدٍ ، يَرُدُّ البائِعُ ثُلُثَ الأَلْفِ ، (١)فيكونُ للابنِ الحُرِّ ، ويَعْتِقُ الآخَرُ بنَصِيبِه مِن المِيراثِ . وقِيلَ على قول الشافعىِّ : يَرُدُّ البائِعُ ثُلُثَ الأَلْفِ(١) ، فيكونُ ذلك مع المُشْتَرِى للابنِ الحُرِّ . وقِيلَ غيرُ ذلك . وإنِ اشْتَراه بأَلْفٍ لا يَمْلِكُ غيرَه ، (٢)وقِيمَتُه ثلاثةُ آلافٍ(٢) ، فمَن أعْتَقَه مِن رَأْسِ المالِ ، جَعَلَه حُرًّا ، ومَن جَعَل ذلك وَصِيَّةً ، أعْتَقَ ثُلُثَه بالشِّراءِ ، ويَعْتِقُ باقِيه على أخِيه ، إلَّا فى قولِ الشافعىِّ ومَن وافقَه ، فإنَّ الحُرَّ يَمْلِكُ بَقِيَّةَ أخِيه ، فيَمْلِكُ مِن رَقَبَتِه قَدْرَ ثُلُثَى الثَّمَنِ ، وذلك تُسْعا رَقَبَتِه ؛ لأنَّه يَجْعَلُ ثَمَنَه مِن الثُّلُثِ دُونَ قِيمَتِه . وقِيلَ : يُفْسَخُ البَيْعُ فى ثُلُثَيْه . وقيلَ : فى جَمِيعِه . وقال أبو حنيفةَ : يَسْعَى لأخِيه فى قِيمَةِ ثُلُثَيْه . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَسْعَى له فى نِصْفِ قِيمَتِه . فإن تَرَكَ أَلْفَيْن سِواه ، عَتَقَ كلُّه ؛ لأنَّ التَّرِكَةَ هى الثَّمَنُ مع الأَلْفَيْنِ ، والثَّمَنُ يَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، فيَعْتِقُ ، ويَرِثُ نِصْفَ الأَلْفَيْن . وهو قولٌ للشافعىِّ . وقِيلَ : يَعْتِقُ ولا يَرِثُ . وعندَ أبى حنيفةَ وأصحابِه ، التَّرِكَةُ قِيمَتُه مع الأَلْفَيْنِ ، وذلك خَمْسَةُ آلافٍ . فعلى قولِ أبى حنيفةَ : يَعْتِقُ منه

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى الأصل : « قيمة ثلثه ألف » .

الشرح الكبير

قَدْرُ ثُلُثِ ذلك ، [٥/٢٦٦ظ] وهو أَلْفٌ وثُلُثَا أَلْفٍ ، ويَسْعَى لأَخِيه فى أَلْفٍ وثُلُثِ أَلْفٍ . وفى قولِ صاحِبَيْه ، يَعْتِقُ منه نِصْفُ ذلك ، وهو خَمْسَةُ أَسْداسِه ، ويَسْعَى لأَخِيه فى خَمْسِمائةٍ . والأَلْفانِ لأَخِيه فى قَوْلِهم جَمِيعًا .

فصل : ولو اشْتَرَى المَرِيضُ ابْنَىْ عَمٍّ له بأَلْفٍ لا يَمْلِكُ غيرَه ، وقِيمَةُ كلِّ واحِدٍ منهما أَلْفٌ ، فأَعْتَقَ أحدَهما ، (١ثم وَهَبَه أخاه١) ، ثم مات وخَلَّفهما وخَلَّفَ مَوْلاه ، فإنَّ قِياسَ قولِ القاضى ، إن شاء اللهُ ، أن يَعْتِقَ ثُلُثا المُعْتَقِ ، إلَّا أن يُجِيزَ المَوْلَى عِتْقَ جَمِيعِه ، ثم يَرِثُ بثُلُثَيْه ثُلُثَىْ بَقِيَّةِ التَّرِكَةِ ، فيَعْتِقُ منه ثمانيةُ أتْساعِه ، يَبْقَى تُسْعُه وثُلُثُ أخِيه للمَوْلَى . ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ كلُّه ، ويَرِثَ أخاه ، فيَعْتِقانِ جَمِيعًا ؛ لأَنَّه يَصِيرُ بالإِعْتاقِ وارِثًا لثُلُثَىِ التَّرِكَةِ ، فتَنْفُذُ إجازَتُه فى إعْتاقِ باقِيه ، فتَكْمُلُ له الحُرِّيَّةُ ، ثم يَكْمُلُ له المِيراثُ . وفى قِياسِ قولِ أبى الخَطَّابِ ، يَعْتِقُ ثُلُثاه ، ولا يَرِثُ ؛ لأَنَّه لو وَرِث لكان إعْتاقُه وَصِيَّةً له ، فيَبْطُلُ إعْتاقُه ، ثم يَبْطُلُ إرْثُه ، فيُؤَدِّى تَوْرِيثُه إلى إبْطالِ تَوْرِيثِه . وهذا قولُ الشافعىِّ . ويَبْقَى ثُلُثُه وابنُ العَمِّ الآخَرِ للمَوْلَى . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ ثُلُثَا المُعْتَقِ ويَسْعَى فى قِيمَةِ ثُلُثِه ، ولا يَرِثُ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَعْتِقُ كلُّه ، ويَعْتِقُ عليه أخوه بالهِبَةِ ، ويكونُ أحَقَّ بالمِيراثِ مِن المَوْلَى . فإن كان للمَيِّتِ مالٌ سِواهما ، أخَذا ذلك المالَ بالمِيراثِ ، ويَغْرَمُ المُعْتَقُ لأَخِيه المَوْهُوبِ نِصْفَ قِيمَةِ نَفْسِه ونِصْفَ قِيمَةِ أخِيه ؛ لأَنَّ عِتْقَ الأَوَّلِ وَصِيَّةٌ ، ولا وَصِيَّةَ لوارِثٍ ،

الإنصاف ....

(١ - ١) مضروب عليها فى الأصل .

الشرح الكبير

وقد صار وارِثًا مع أخيه ، فوَرِثَ نِصْفَ قِيمَةِ رَقَبَتِه ونِصْفَ قِيمَةِ أخِيه ، ووَرِثَ أخُوه الباقِىَ ، وكان أخوه المَوْهُوبُ له هِبَةً مِن المَرِيضِ له ، فيَعْتِقُ بقَرابَتِه له ، ولم يَعْتِقْ مِن المَرِيضِ ، فلم يكُنْ عِتْقُه وَصِيَّةً ، بل اسْتَهْلَكَها بالعِتْقِ الذى جَرَى فيها فيَغْرَمُ الأوَّلُ نِصْفَ قِيمَتِه ونِصْفَ قِيمَةِ أخِيه لأخِيه . وأمّا قولُ أبى حنيفةَ ، فإن كان المَيِّتُ لم يَدَعْ وارِثًا غيرَهما ، عَتَقَ[1] ، وغَرِمَ الأوَّلُ لأخِيه نِصْفَ قِيمَةِ أخِيه ، ولم يَغْرَمْ له نِصْفَ قِيمَةِ نَفْسِه ؛ لأنَّه إذا لم يَدَعْ وارِثًا ، جازت وَصِيَّتُه ؛ لأنَّهما لا يَرِثانِ ، ولا يَعْتِقانِ حتى تَجُوزَ وَصِيَّةُ الأوَّلِ ؛ لأنَّه متى بَقِيَتْ عليه سِعايَةٌ ، لم يَرِثْ واحِدٌ منهما ، ولم يَعْتِقْ ، فلا بُدَّ مِن أن تَنْفُذَ للمُعْتَقِ وَصِيَّةٌ لِيَصِيرَ حُرًّا ، فيَعْتِقَ أخوه بعِتْقِه ، وقد جازت له الوَصِيَّةُ فى جَمِيعِ [٥/٢٦٧و] رَقَبَتِه ؛ لأنَّ المَيِّتَ إذا لم يَدَعْ وارِثًا ، جازت وَصِيَّتُه بجَمِيعِ مالِه ، ويَرِثانِ جَمِيعًا ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ بنِصْفِ قِيمَتِه ؛ لأنَّه يقولُ : قد صِرْتُ أنا وأنت وارِثَيْن ، فلا تَأْخُذْ مِن المِيراثِ شيئًا دُونِى ، وقد كانت رَقَبَتِى لك وَصِيَّةً فعَتَقَتْ مِن قِبَلِك ، فاضْمَنْ لى نِصْفَ رَقَبَتِى . فإن كان مُعْسِرًا ، أو هناك مالٌ غيرُهما ، أخَذَ الثانِى نِصْفَه ، ثم أخَذَ مِن النِّصْفِ الثانِى نِصْفَ قِيمَةِ نَفْسِه ، وكان ما بَقِىَ مِيراثًا لأخِيه الأوَّلِ .

الإنصاف ....

(١) فى المغنى ٨/٤٨٦ : « عتقا » .

المقنع

وَلَوْ أَعْتَقَ أَمَتَهُ وَتَزَوَّجَهَا فِى مَرَضِهِ ، لَمْ تَرِثْهُ عَلَى قِيَاسِ الْأَوَّلِ ، وَقَالَ الْقَاضِى : تَرِثُهُ .

الشرح الكبير

٢٦٤٧ – مسألة : (ولو أعْتَقَ أمَتَه وتَزَوَّجَها فى مَرَضِه) فنَقَلَ المَرُّوذِىُّ عن أحمدَ ، أنَّها تَرِثُ . اخْتارَه القاضى . وقال الشافعىُّ : لا تَرِثُ ؛ لأنَّ تَوْرِيثَها يُفْضِى إلى إبْطالِ عِتْقِها ؛ لأنَّه وَصِيَّةٌ ، وإبْطالُ عِتْقِها يُبْطِلُ تَوْرِيثَها . ولَنا ، أنَّ العِتْقَ فى هذه الحالِ وَصِيَّةٌ بما لا يَلْحَقُه الفَسْخُ ، فيَجِبُ تَصْحِيحُه للوارِثِ ، كالعَفْوِ عن العَمْدِ فى مَرَضِه ، فإنَّه لا يُسْقِطُ مِيرَاثَه ، ولا تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ .

الإنصاف

قوله : ولو أعْتَق أمَتَه وتَزَوَّجَها فى مَرَضِه ، لم تَرِثْه ، على قِياسِ الأوَّلِ . وهو أحدُ الوَجْهَيْن . واخْتارَه ابنُ شاقْلَا فى « تَعاليقِه » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . قلتُ : فيُعايَى بها ، وبأشْباهِها ممَّا تقدَّم ؛ لكَوْنِهم ليس فيهم مِن مَوانِعِ الإرْثِ شيءٌ ، ولا يَرِثُون . وقال القاضى : تَرِثُه . وهو المذهبُ . نصَّ عليه . وجزَم به فى « الشَّرْحِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ .

فائدة : عِتْقُها يكونُ مِنَ الثُّلُثِ ؛ إنْ خرَجَتْ مِنَ الثُّلُثِ ، عتَقَتْ ، وصحَّ النِّكاحُ ، وإنْ لم تخرُجْ ، عتَق قَدْرُه ، وبطَل النِّكاحُ ؛ لانْتِفاءِ شَرْطِه .

المقنع

وَلَوْ أَعْتَقَهَا وَقِيمَتُهَا مِائَةٌ ، ثُمَّ تزَوَّجَهَا وَأَصْدَقَهَا مِائَتَيْنِ لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُمَا ، وَهُمَا مَهْرُ مِثْلِهَا ، ثُمَّ مَاتَ ، صَحَّ الْعِتْقُ ، وَلَمْ تَسْتَحِقَّ الصَّدَاقَ ؛ لِئَلَّا يُفْضِيَ إِلَى بُطْلَانِ عِتْقِهَا ، ثُمَّ يَبْطُلَ [١٦٠ظ] صَدَاقُهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : تَسْتَحِقُّ الْمِائَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٦٤٨ – مسألة : (ولو أعْتَقَهَا وقِيمَتُها مائةٌ ، ثم تَزَوَّجَها وأصْدَقَها مائتَيْن لا مالَ له سِواهما ، وهما مَهْرُ مِثْلِها ، ثم مات ، صَحَّ العِتْقُ ، ولم تَسْتَحِقَّ الصَّداقَ ؛ لِئَلَّا يُفْضِيَ إلى بُطْلانِ عِتْقِها ، ثم يَبْطُلَ صَداقُها . وقال القاضى : تَسْتَحِقُّ المائتَيْن) وتَعْتِقُ لأنَّ العِتْقَ وَصِيَّةٌ لها ، وهى غيرُ وارِثَةٍ ، والصَّداقُ اسْتَحَقَّتْه بعَقْدِ المُعاوَضَةِ ، وهى تَنْفُذُ مِن رَأْسِ المالِ ، فهو كما لو تزَوَّجَ أجْنَبِيَّةً وأصْدَقَها المائتَيْن . وقال أصحابُ الشافعىِّ : يَسْقُطُ مَهْرُها ، ولا تَرِثُ ؛ لكَوْنِها لا تَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، وسُقُوطُ العِتْقِ فى بعضِها يُبْطِلُ نِكاحَها[1] ويُسْقِطُ مَهْرَها[2] ، فأسْقَطْنا المَهْرَ والمِيراثَ ، وأنْفَذْنا العِتْقَ والنِّكاحَ ، قال شيخُنا[3] : وهذا أوْلَى مِن القولِ بصِحَّةِ العِتْقِ

الإنصاف

قوله : ولو أعْتَقَها وقيمَتُها مِائَةٌ ، ثم تَزَوَّجَها وأصْدَقَها مِائتَيْن لا مالَ له سِواهما ، وهى مَهْرُ مِثْلِها ، ثم ماتَ ، صحَّ العِتْقُ ، ولم تَسْتَحِقَّ الصَّداقَ ؛ لئَلَّا يُفْضىَ إلى بُطْلانِ عِتْقِها ، ثم يَبْطُلَ صَداقُها . قال المُصَنِّفُ : هذا أوْلَى . وقال القاضى : تَسْتَحِقُّ المِائتَيْن ، وتَعْتِقُ .

---

(١) فى م : « مهرها » .

(٢) فى م : « نكاحها » .

(٣) فى : المغنى ٨/٤١٠ .

المقنع وَإِنْ تبرَّعَ بِثُلُثِ مَالِهِ ، ثُمَّ اشْتَرَى أَبَاهُ مِنَ الثُّلُثَيْنِ ، فَقَالَ الْقَاضِى :

الشرح الكبير والصَّداقِ جَميعًا ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى القولِ بصِحَّةِ العِتْقِ فى مَرَضِ المَوْتِ مِن جَميعِ المالِ ، ولا خِلافَ فى فَسادِ ذلك . ولو أصْدَقَ المائتَيْن أجْنبيَّةً ، صَحَّ ، وبَطَلَ العِتْقُ فى ثُلثَى الأمَةِ ؛ لأنَّ الخُرُوجَ مِن الثُّلُثِ مُعْتَبرٌ بحالةِ المَوْتِ ، وحالَةَ المَوْتِ لم يَبْقَ له مالٌ . وهكذا لو تَلِفَتِ المائتان قبلَ مَوْتِه ، لم يَنْفُذْ مِن عِتْقِ الأمَةِ إلَّا الثُّلُثُ ، وإذا بَطَلَ بعضُ عِتْقِها بذَهابِ المائتَيْن إلى غيرِها ، فأوْلَى أن يَبْطُلَ بذَهابِها إليها ، وبُطْلانُ عِتْقِها يُبْطِلُ نِكاحَها ، [٢٦٧/٥ظ] فالقولُ بسُقُوطِ المَهْرِ وَحْدَه أوْلَى .

٢٦٤٩ – مسألة : (وإن تَبرَّعَ بالثُّلُثِ ، ثم اشْتَرَى أباه مِن الثُّلُثَيْن) وله ابنٌ ، فعلى قولِ مَن قال : ليس الشِّراءُ بوَصِيَّةٍ . يَعْتِقُ الأبُ ، ويَنْفُذُ من التَّبرُّعِ قَدْرُ ثُلُثِ المالِ حالَ المَوْتِ ، وما بَقِىَ فللأبِ سُدْسُه وباقِيه

الإنصاف **فائدتان** ؛ إحْداهما ، لو تزَوَّج فى مرَضِ المَوْتِ بمَهْرٍ يزيدُ على مَهْرِ المِثْلِ ، ففى المُحاباةِ رِوايَتان ؛إحْداهما ، هى مَوْقُوفَةٌ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ؛ لأنَّها عَطِيَّةٌ لوارِثٍ . والثَّانيةُ ، تنفُذُ مِنَ الثُّلُثِ . نَقلَها المَرُّوذِىُّ ، والأثْرَمُ ، وصالِحٌ ، وابنُ مَنْصُورٍ ، والفَضْلُ بنُ زِيادٍ . قالَه فى « القاعِدَةِ السَّابعَةِ والخَمْسِين » . الثَّانيةُ ، لو أصْدَقَ المائتَيْن أجْنَبِيَّةً ، والحالَةُ ماذكَرَ ، صحَّ ، وبطَلَ العِتْقُ فى ثُلُثَى الأمَةِ ؛ لأنَّ الخُروجَ مِنَ الثُّلُثِ مُعْتَبَرٌ بحالَةِ المَوْتِ . وهكذا لو تَلِفَتِ المائتان قبلَ مَوْتِه .

قولُه : وإنْ تبرَّع بثُلُثِ مالِه ، ثم اشْتَرَى أباه مِنَ الثُّلُثَيْن ، فقالَ القاضى : يصِحُّ الشِّراءُ . ولا يعْتِقُ . لأنَّه جعَل الشِّراءَ وَصِيَّةً ؛ لأنَّ تَبرُّعَ المَريضِ إنَّما ينفُذُ فى الثُّلُثِ ، ويُقدَّمُ الأوَّلُ فالأوَّلُ . وجزَم بهذا ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . وهو المذهبُ .

المقنع

يَصِحُّ الشِّرَاءُ وَلَا يَعْتِقُ ، فَإِذَا مَاتَ عَتَقَ عَلَى الْوَرَثَةِ إِنْ كَانُوا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتِقْ فِي حَيَاتِهِ .

الشرح الكبير

للابن . وعلى قولِ القاضى ، ومَن جعَلَه وَصِيَّةً ، لا يَعْتِقُ الأبُ ؛ لأنَّ تبرُّعَ المَريضِ إنَّما يَنْفُذُ فى الثُّلُثِ ، ويُقدَّمُ الأوَّلُ فالأوَّلُ ، وإذا قُدِّمَ التَّبرُّعُ لم يَبْقَ مِن الثُّلُثِ شىءٌ ، ويَرِثُه الابنُ فيَعْتِقُ عليه ، ولا يَرِثُ ؛ لأنَّه إنَّما عَتَقَ بعدَ المَوْتِ . وإن وُهِبَ له أبوه ، عَتَقَ ، وورِثَ ؛ لأنَّ الهِبَةَ ليست بوَصِيَّةٍ ، وكذلك إن وَرِثَه . وإنِ اشْتَرَى أباه ثم أعْتَقَه ، لم يَعْتِقْ على قولِ القاضِى ؛ لأنَّه إذا لم يَعْتِقْ بالمِلْكِ وهو أقْوَى مِن الإعْتاقِ بالقولِ بدَليلِ نُفُوذِه فى حَقِّ الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ، فأوْلَى أن لا يَنْفُذَ بالقولِ . واللهُ سبحانه وتعالى أعْلَمُ .

الإنصاف

قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وعلى قَوْلِ مَن قال : ليس الشِّراءُ بوَصِيَّةٍ . يعْتِقُ الأبُ ، وينْفُذُ مِنَ التَّبرُّعِ قَدْرُ ثُلُثِ المالِ حالَ المَوْتِ ، وما بَقِىَ ، فللأبِ سُدْسُه ، وباقِيه للابْنِ . وأطْلَقهما فى « الشَّرْحِ » . قال الحارِثِىُّ ، فى هذه المَسْأَلَةِ : قال الأصحابُ : يصِحُّ الشِّراءُ . وهل يَعْتِقُ ويَرِثُ ؟ إنْ قيلَ بعِتْقِ ذِى الرَّحِمِ مِنَ الثُّلُثِ ، فلا عِتْقَ ، ولا إرْثَ ، وإنْ قيلَ بعِتْقِه مِن رَأْسِ المالِ ، عتَقَ ، ونفَذ التَّبرُّعُ مِن ثُلُثِ المالِ[1] . وكذا فيما زادَ .

(١) فى ط : « الألف » ، وغير واضحة فى الأصل .

الشرح الكبير

فُصُولٌ فى تَصَرُّفِ المَرِيضِ

فصل : إذا أعْتَقَ أمَةً لا يَمْلِكُ غيرَها ثم تزَوَّجها ، فالنِّكاحُ صَحِيحٌ فى الظَّاهِرِ . فإذا مات و لم يَمْلِكْ شيئًا آخَرَ ، تَبَيَّنَ أنَّ نِكاحَها باطِلٌ ، ويَسْقُطُ مَهْرُها إن كان لم يَدْخُلْ بها . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ . ويَعْتِقُ منها ثُلُثُها ويَرِقُّ ثُلُثاها . فإن كان قد دَخَل بها ومَهْرُها نِصْفُ قِيمَتِها ، عَتَقَ منها ثلاثةُ أسْباعِها ، ويَرِقُّ أرْبَعَةُ أسْباعِها ، وحِسابُ ذلك أن تقولَ : عَتَقَ منها شىءٌ ، ولها بصَداقِها نِصْفُ شىءٍ ، وللوَرَثَةِ شَيْئانِ ، فيُجْمَعُ ذلك فيكونُ ثلاثةَ أشْياءَ ونِصْفًا ، نَبْسُطُها فتكونُ سَبْعَةً ، لها منها ثلاثةٌ ، ولهم أرْبَعَةٌ ، ولا شىءَ للمَيِّتِ سِواهَا ، فنَجْعَلُ لنَفْسِها منها ثلاثةَ أسْباعِها يكونُ حُرًّا والباقِى للوَرَثةِ . وإن أحَبَّ الوَرَثَةُ أن يَدْفَعُوا إليها حِصَّتَها مِن مَهْرِها ، وهو سُبْعاه ، ويَعْتِقَ منها سُبْعاها ، ويَسْتَرِقُّوا خَمْسَةَ أسْباعِها ، فلهم ذلك . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : يُحْسَبُ مَهْرُها مِن قِيمَتِها ، ولها ثُلُثُ الباقِى ، ويَسْعَى فيما بَقِىَ ، وهو ثُلُثُ قِيمَتِها . فإن كان يَمْلِكُ مع الجارِيَةِ قَدْرَ نِصْفِ قِيمَتِها ، و لم يَدْخُلْ بها ، عَتَقَ منها نِصْفُها ورَقَّ نِصْفُها ؛ لأنَّ نِصْفَها هو ثُلُثُ المالِ ، وإن دخل بها ، عَتَقَ منها ثلاثةُ أسْباعِها ، ولها ثلاثةُ أسْباعِ مَهْرِها . وإنَّما قَلَّ العِتْقُ فيها ؛ لأنَّها لَمّا أخَذَتْ ثلاثةَ أسْباعِ مَهْرِها نَقَص المالُ به ، فيَعْتِقُ منها ثُلُثُ الباقِى ، وهو ثلاثةُ أسْباعِها . وطَرِيقُ حِسابِها أن تقولَ : عَتَقَ منها شىءٌ ، ولها [٢٦٨/٥و] بمَهْرِها نِصْفُ شىءٍ ،

الإنصاف ....

الشرح الكبير

وللوَرَثَةِ شَيْئانِ ، يَعْدِلُ ذلك الجارِيَةَ ونِصْفَ قِيمَتِها ، فالشىءُ سُبْعاها وسُبْعًا نِصْفِ قِيمَتِها ، وهو ثلاثةُ أسْباعِها ، وهو الذى عَتَقَ منها ، ويَأْخُذُ نِصْفَ ذلك مِن المالِ بمَهْرِها ، وهو ثلاثةُ أسْباعِه . فإن كان يَمْلِكُ معها مِثْلَ قِيمَتِها و لم يَدْخلْ بها ، عَتَقَ ثُلُثاها ، ورَقَّ ثُلُثُها ، وبَطَل نِكاحُها . وإن كان دَخَل بها ، عَتَقَ أرْبَعةُ أسْباعِها ، ولها أرْبَعَةُ أسْباعِ مَهْرِها ، ويَبْقَى للوَرَثَةِ ثلاثةُ أسْباعِها وخَمْسَةُ أسْباعِ قِيمَتِها ، وهو يَعْدِلُ مِثْلَىْ ما عَتَقَ منها . وحسابُها أن تَجْعَلَ السَّبْعَةَ الأشْياءَ مُعادِلَةً لها ولقِيمَتِها ، فيَعْتِقُ منها بقَدْرِ سُبْعَىِ الجَمِيعِ ، وهو أرْبَعَةُ أسْباعِها ، وتَسْتَحِقُّ سُبْعَ الجَمِيعِ بمَهْرِها ، وهو أرْبَعَةُ أسْباعِ مَهْرِها . فإن كان يَمْلِكُ معها مِثْلَىْ قِيمَتِها ، عَتَقَتْ كلُّها ، وصَحَّ نِكاحُها ؛ لأنَّها تَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ إن أسْقَطَتْ مَهْرَها . وإن أبَتْ أن تُسْقِطَه ، لم يَنْفُذْ عِتْقُها ، وبَطَل نِكاحُها ، فإن كان لم يَدْخُلْ بها فيَنْبَغِى أن يُقْضَى بعِتْقِها ونِكاحِها ، ولا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ إيجابَه يُفْضِى إلى إسْقاطِه وإسْقاطِ عِتْقِها ونِكاحِها ، فإسْقاطُه وَحْدَه أوْلَى . وإن كان دَخَل بها ، عَمِلْنا فيها على ما تَقَدَّمَ ، فيَعْتِقُ سِتَّةُ أسْباعِها ، ولها سِتَّةُ أسْباعِ مَهْرِها ، ويَبْطُلُ عِتْقُ سُبْعِها ونِكاحُها . ولو أعْتَقَها و لم يَتَزَوَّجْها ووَطِئَها ، كان العَمَلُ فيها فى هذه المواضِعِ كلِّها(١) كما لو تَزَوَّجَها . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وذَكَر القاضى فى مِثْلِ (١) هذه المسألةِ التى قبلَ الأخِيرَةِ

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

ما يَقْتَضِى صِحَّةَ نِكَاحِها وعِتْقِها ، مع وُجوبِ مَهْرِها فيما إذا أعْتَقَ[1] فى مَرَضِه أمَةً قِيمَتُها مائةٌ ، وأصْدَقَها مائتَيْنِ لا مالَ له سِواهما ، وهو مَهْرُ مِثْلِها ، وهو مَذْكُورٌ فى هذا البابِ . وقال أبو حَنِيفةَ ، فيما إذا تَرَكَ مِثْلَىْ قِيمَتِها ، وكان مَهْرُها نِصْفَ قِيمَتِها ؛ تُعْطَى مَهْرَها وثُلُثَ الباقِى ، يُحْسَبُ ذلك مِن قِيمَتِها ، وهو نِصْفُها وثُلُثُها ، فيَعْتِقُ ذلك ، وتَسْعَى فى سُدْسِها الباقِى ، ويَبْطُلُ نِكاحُها . فإن كان[2] خَلَّفَ أرْبَعَةَ أمْثالِ قِيمَتِها ، صَحَّ عِتْقُها ونِكاحُها وصَداقُها ، فى قولِ الجَمِيعِ ؛ لأنَّ ذلك يَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، وتَرِثُ مِن الباقِى فى قولِ أصحابِنا . [٥/٢٦٨ظ] وهو قولُ أبى حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : لا تَرِثُ . وهو مُقْتَضَى قولِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّها لو وَرِثَتْ لكان عِتْقُها وَصِيَّةً لوارِثٍ ، واعْتِبارُ الوَصِيَّةِ بالمَوْتِ .

فصل : ولو أنَّ امرأةً مَرِيضَةً أعْتَقَتْ عَبْدًا قِيمَتُه عَشَرَةٌ ، وتَزَوَّجَها بعَشَرَةٍ فى ذِمَّتِه ، ثم ماتت وخَلَّفَتْ مائةً ، اقْتَضَى قولُ أصحابِنا أن تُضَمَّ العَشَرَةُ التى فى ذِمَّتِه إلى المائةِ ، فيكونَ ذلك هو التَّرِكَةَ ، ويَرِثَ نِصْفَ ذلك ، ويَبْقَى للوَرَثَةِ خَمْسَةٌ وخَمْسُون . وهذا مَذْهَبُ أبى حنيفةَ . وقال صاحِباه : تُحْسَبُ عليه قِيمَتُه أيضًا ، وتُضَمُّ إلى التَّرِكَةِ ، ويَبْقَى للوَرَثَةِ سِتُّون . وقال الشافعىُّ : لا يَرِثُ شيئًا ، وعليه أداءُ العَشَرَةِ التى فى ذِمَّتِه ؛

(١) فى الأصل ، م : « عتق » .
(٢) سقط من : م .

المقنع ....

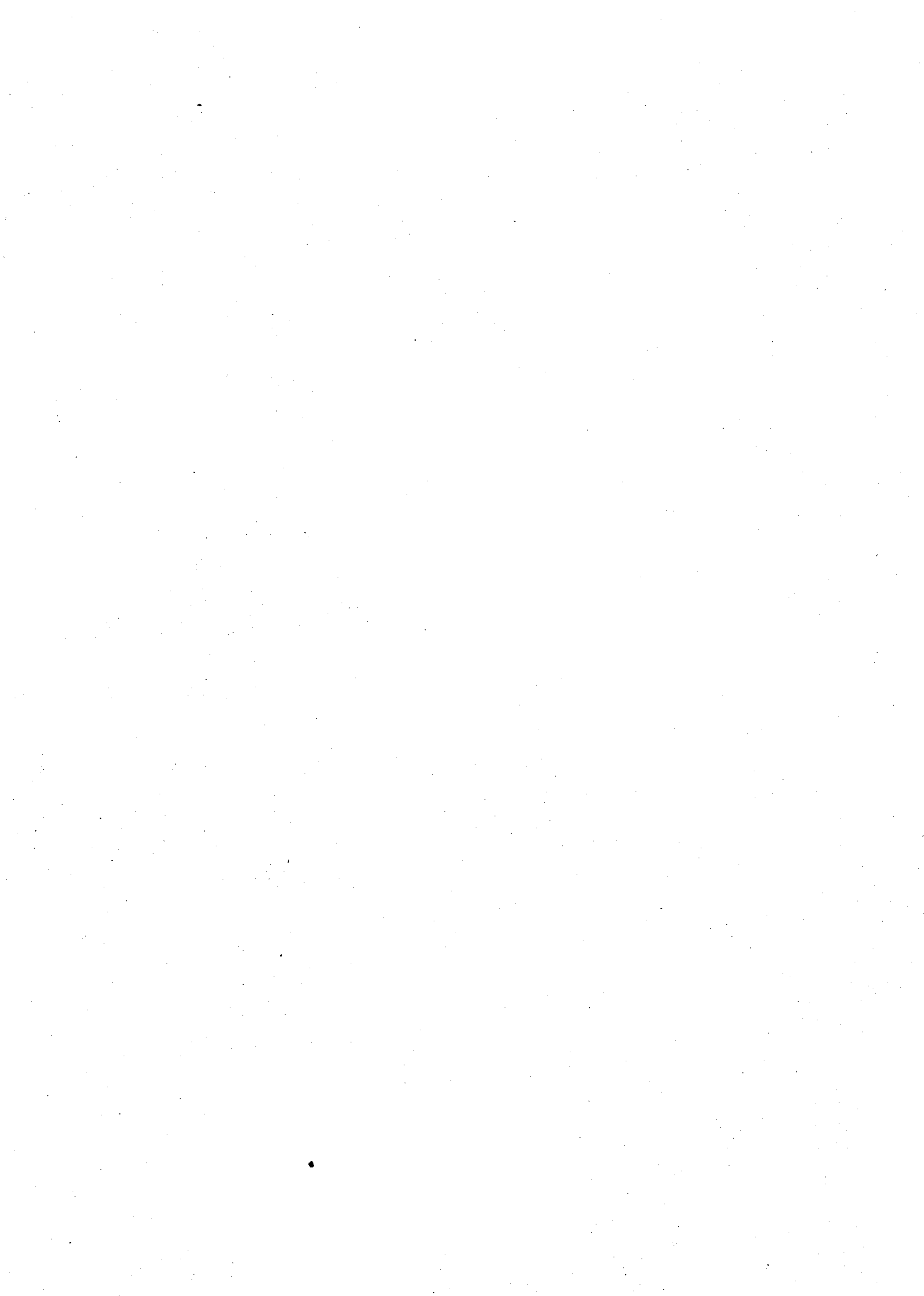
الشرح الكبير

لئَلَّا يكونَ إعْتاقُه وَصِيَّةً لوارِثٍ . وهذا مُقْتَضَى قولِ الخِرَقِىِّ ، إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : فأمّا إن أعْتَقَ أمَتَه فى صِحَّتِه ثم تَزَوَّجَها فى مَرَضِه ، صَحَّ ، ووَرِثَتْه بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه . فأمّا إن أعْتَقَها فى مَرَضِه ثم تَزَوَّجَها ، وكانت تَخْرُجُ مِن ثُلُثِه ، عَتَقَتْ ووَرِثَتْ فى اخْتِيارِ أصْحابِنا وقولِ أبى حنيفةَ . ونَقَلَه المَرُّوذِىُّ عن أحمدَ ، كما لو كان عِتْقُها فى صِحَّتِه . وقال الشافعىُّ : لا تَرِثُ . وقد ذَكَرْناه . واللهُ أعلمُ[1] .

الإنصاف ....

(١) آخر الجزء الخامس من نسخة تشستربيتى .



المقنع

كِتَابُ الْوَصَايَا

وَهِيَ الْأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ هِيَ التَّبَرُّعُ بِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ .

الشرح الكبير

كتابُ الوَصايا[1]

(وهى الأمْرُ بالتَّصَرُّفِ بعدَ المَوْتِ) الوَصايا جَمْعُ وَصِيَّةٍ ، مثل العَطايا جَمْعُ عَطِيَّةٍ (والوَصِيَّةُ بالمالِ هى التَّبَرُّعُ به بعدَ المَوْتِ) وقال أبو الخَطّابِ : هى التَّبَرُّعُ بمالٍ يَقِفُ نُفُوذُه على خُرُوجِه مِنَ الثُّلُثِ . فعلى قَوْلِه ، تكونُ العَطِيَّةُ فى مَرَضِ المَوْتِ وَصِيَّةً . والصَّحِيحُ أنَّها ليست وَصِيَّةً ؛ فإنَّها تُخالِفُها [١٦٩/٥ و] فى الاسمِ والحُكْمِ فى أشياءَ ذَكَرْناها فى عَطِيَّةِ المَرِيضِ . والأصْلُ فيها الكِتابُ والسُّنَّةُ والإِجْماعُ ؛ أمّا الكِتَابُ ، فقَوْلُه سبحانه : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ ﴾[2] . وقَوْلُه : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾[3] . وأمّا السُّنَّةُ ، فرَوَى سَعدُ بنُ أبى وَقّاصٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : جاءَنى

الإنصاف

كِتابُ الوَصايا

قوله : وهى الأَمْرُ بالتَّصَرُّفِ بعدَ المَوْتِ . والوَصِيَّةُ بالمالِ هى التَّبَرُّعُ به بعدَ المَوْتِ . هذا الحدُّ هو الصَّحيحُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه فى

---

(١) من هنا يبدأ الجزء الخامس من مخطوطة مكتبة الرياض وهو المشار إليه بالأصل .

(٢) سورة البقرة ١٨٠ .

(٣) سورة النساء ١٢ .

الشرح الكبير

رسولُ اللهِ ﷺ يَعُودُنِى عامَ حَجَّةِ الوَداعِ مِن وَجَعٍ اشْتَدَّ بى ، فقُلْتُ : يا رسولَ اللهِ ، قد بَلَغَ بى مِن الوَجَعِ ما تَرَى ، وأنا ذو مالٍ ، ولا يَرِثُنِى إلَّا ابنةٌ ، أفأتَصَدَّقُ بثُلُثَىْ مالِى ؟ قال : « لا ». قُلْتُ : فبالشَّطْرِ يا رسولَ اللهِ ؟ قال : « لا » . قلتُ : فبالثُّلُثِ ؟ قال : « الثُّلُثُ ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ ، إنَّكَ أن تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِياءَ خَيْرٌ مِنْ أنْ تَذَرَهُم عالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . مُتَّفَقٌ عليه(١) . وعن ابنِ عُمَرَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ ما يُوصِي فِيه يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلَّا وَوَصِيَّتُه مَكْتُوبَةٌ عِنْدَه » . مُتَّفَقٌ عليه(٢) . وعن أبى أُمامَةَ قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « إنَّ اللهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِى حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . رَواه أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ(٣) ، وقال : حديثٌ حَسَنٌ صحيحٌ . وعن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : إنَّكُم تَقْرَءونَ هذه الآيَةَ : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ . وإنَّ النبىَّ ﷺ قَضَى بالدَّيْنِ قبلَ الوَصِيَّةِ . رَواه التِّرْمِذِىُّ(٤) .

الإنصاف

« الشَّرْحِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه . وقال أبو الخَطَّابِ : هى التَّبرُّعُ بما يقِفُ نفوذُه على خُروجِه مِنَ الثُّلُثِ . فعلى قوْلِه ، تكونُ العَطِيَّةُ فى مرَضِ

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١/٣٤٣ .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٢/٦ .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الوصية للوارث ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/١٠٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٨/٢٧٥ ، ٢٧٨ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب إبطال الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦/٢٠٧ . وابن ماجه ، فى : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢/٩٠٥ ، ٩٠٦ . والدارمى ، فى : باب الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٢/٤١٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١٨٦ ، ١٨٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٥/٢٦٧ .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٦ .

الشرح الكبير

وأجْمَعَ العُلَماءُ فى جَميعِ الأمْصارِ والأعْصارِ على جَوازِ الوَصِيَّةِ .

فصل : ولا تَجِبُ إلَّا على مَن عليه دَيْنٌ ، أو عندَه وَدِيعَةٌ ، أو عليه واجِبٌ يُوصَى بالخُرُوجِ منه ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أوْجَبَ أداءَ الأماناتِ إلى أهلِها ، وطَرِيقُه الوَصِيَّةُ ، فتكونُ واجِبَةً عليه . فأمّا الوَصِيَّةُ ببعضِ مالِه ، فليست واجِبَةً عندَ الجُمْهورِ . يُرْوى ذلك عن الشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، ومالكٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ، والشافعىِّ ، وغيرِهم . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : أجْمَعُوا على أنَّ الوَصِيَّةَ غيرُ واجِبَةٍ إلَّا على مَن عليه حَقٌّ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، أو أمانَةٌ بغيرِ إشْهادٍ ، إلَّا طائِفَةً شَذَّتْ فأوْجَبَتْها . فرُوِىَ عن الزُّهْرِىِّ أنَّه قال : جَعَلَ اللهُ الوَصِيَّةَ حَقًّا ممّا قَلَّ أو كَثُر . وقِيلَ لأبى مِجْلَزٍ : على كلِّ مَيِّتٍ وَصِيَّةٌ ؟ قال : إن تَرَك خَيْرًا . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ : هى واجِبَةٌ للأقْرَبِين الذين لا يَرِثُون . وبه قال داودُ . وحُكِىَ ذلك عن مَسْرُوقٍ ، وطاوُسٍ ، وإياسٍ ، وقَتادَةَ ، وابنِ جَرِيرٍ . واحْتَجُّوا بالآيَةِ ، وبخَبَرِ ابنِ عُمَرَ ، فقالُوا : نُسِخَتِ[1] الوَصِيَّةُ للوالِدَيْن والأقْرَبِين الوارِثِين ، وبَقِيَتْ فى مَن لا يَرِثُ مِن الأقْرَبِين . ولَنا ، أنَّ أكْثَرَ أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ لم يُوصُوا ، ولم يُنْقَلْ لذلك نَكِيرٌ ، ولو كانت واجِبَةً

الإنصاف

المَوْتِ وَصِيَّةً ، والصَّحيحُ خِلافُه . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وفى حدِّه اخْتِلالٌ[2] مِن وُجوهٍ ؛ أحدُها ، أنَّه يدْخلُ فيه تبرُّعُه بهِباتِه وعَطاياه المُنْجَزَةِ فى مرَضِ مَوْتِه .

---

(1) فى م : « تستحب » .

(2) فى الأصل : « اختلاف » .

المقنع وَتَصِحُّ مِنَ الْبَالِغِ الرَّشِيدِ ، عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا ، رَجُلًا أَوِ امْرَأَةً ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا .

الشرح الكبير [٥/١٦٩ ظ] لم يُخِلُّوا بذلك ، ولَنُقِلَ عنهم نَقْلًا ظاهِرًا ، ولأنَّها عَطِيَّةٌ لا تَجِبُ فى الحَياةِ فلم تَجِبْ بعدَ المَوْتِ ، كعَطِيَّةِ الأجانِبِ . فأمَّا الآيةُ ، فقال ابنُ عباسٍ : نَسَخَها قَوْلُه سبحانه : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾[1] ، الآية . وقال ابنُ عُمَرَ : نَسَخَتْها آيةُ المِيرَاثِ[2] . وبه قال عِكْرِمَةُ ، ومُجاهِدٌ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ . وذَهَب جَماعَةٌ مِمَّن يَرَى نَسْخَ القُرآنِ بالسُّنَّةِ ، إلى أنَّها نُسِخَتْ بقولِ النبىِّ ﷺ : « إِنَّ اللهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِى حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . وحديثُ ابنِ عُمَرَ مَحْمُولٌ على مَن عليه واجِبٌ أو عندَه وَدِيعَةٌ .

٢٦٥٠ – مسألة : (وتَصِحُّ مِن البالِغِ الرَّشِيدِ ، عَدْلًا كان أو فاسِقًا ، رجلًا أو امرأةً ، مُسْلِمًا أو كافرًا) لأنَّ هِبَتَهم صَحِيحَةٌ ، فالوَصِيَّةُ أوْلَى .

الإنصاف وذلك لا يُسَمَّى وَصِيَّةً . ويخْرُجُ منه وَصِيَّةٌ بما زادَ على الثُّلُثِ ؛ فإنَّها وَصِيَّةٌ صحيحةٌ مَوْقوفَةٌ على إجازَةِ الوَرَثَةِ . ويخْرُجُ منه أيضًا وَصِيَّةٌ بفِعْلِ العِباداتِ ، وقَضاءِ الواجِباتِ ، والنَّظَرِ فى أمْرِ الأصاغِرِ مِن أوْلادِه ، وتَزْوِيجِ بَناتِه ، ونحوِ ذلك .

تنبيه : قولُه : وتَصِحُّ مِنَ البالِغِ الرَّشِيدِ ، عَدْلًا كان أو فاسِقًا ، رَجُلًا أوِ امْرَأَةً ، مُسْلِمًا أو كافِرًا . هذا صحيحٌ بلا نِزاعٍ فى الجُمْلَةِ . وقد شَمِلَ العَبْدَ . وهو

---

(١) سورة النساء ٧ .

(٢) أخرجهما البيهقى ، فى : باب من قال ينسخ الوصية ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٦٥ .

صحيحٌ . ذكَرَه الأصحابُ ؛ منهم المُصَنِّفُ وغيرُه ؛ فإنْ كان فيما عَدا المالَ ، فصَحِيحٌ ، وإنْ كان فى المالِ ؛ فإنْ ماتَ قبلَ العِتْقِ ، فلا وَصِيَّةَ ، على المذهبِ ؛ لانْتِفاءِ مِلْكِه ، وإنْ قيلَ : يمْلِكُ بالتَّمْليكِ . صحَّتْ . ذكَرَه بعضُ الأصحابِ . والمُكاتَبُ والمُدَبَّرُ وأُمُّ الوَلَدِ ، كالقِنِّ . وشَمِلَ كلامُه أيضًا المَحْجُورَ عليه لفَلَسٍ ، [1]فتصِحُّ حتى لو كانتِ الوَصِيَّةُ[1] بعَيْنٍ مِن مالِه ؛ لأنَّه قد يتَحَوَّلُ ما بَقِىَ مِنَ الدَّيْنِ ، فلا يتعَيَّنُ المالُ الأوَّلُ[2] إذَنْ للغُرَماءِ . وإنْ ماتَ قبلَ ذلك ، لَغَتِ الوَصِيَّةُ . قال فى « الكافِى » وغيرِه : هذا إذا لم يُعايِنِ المَوْتَ . فأمَّا إذا عايَنَ المَوْتَ ، لم تصِحَّ وَصِيَّتُه ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ قوْلٌ ، ولا قوْلَ له ، والحالَةُ هذه . وتقدَّم فى آخِرِ البابِ الذى قبلَه ، قبلَ قوْلِه : والحامِلُ عندَ المَخاضِ . ما يتعَلَّقُ بذلك ، فليُراجَعْ .

قوله : مُسْلِمًا كان أو كافِرًا . تصِحُّ وَصِيَّةُ المُسْلِمِ ، بلا نِزاعٍ . وكذا تصِحُّ وَصِيَّةُ الكافِرِ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا تصِحُّ مِن مُرْتَدٍّ . وأطْلَقَ الوَجْهَيْن فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » .

[1]تنبيه : شَمِلَ كلامُ المُصَنِّفِ صِحَّةَ وَصِيَّةِ العَبْدِ . وهو صحيحٌ . صرَّح به المُصَنِّفُ وغيرُه مِنَ الأصحابِ ، فيَنْفُذُ فيما عَدا المالَ ، وأمَّا المالُ ؛ فإنْ ماتَ قبلَ العِتْقِ ، فلا وَصِيَّةَ على المذهبِ . وإنْ قيلَ : يمْلِكُ . صحَّتْ . ذكَرَه بعضُ الأصحابِ . نقَلَه [٢/٢٦٤و] الحارِثِىُّ . قلتُ : وهو ضعيفٌ . وإنْ ماتَ بعدَ[1]

(١ - ١) سقط من : ط .
(٢) سقط من : الأصل .

المقنع وَمِنَ السَّفِيهِ فِى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ، ....

الشرح الكبير **٢٦٥١ – مسألة :** (و) تَصِحُّ (مِن السَّفِيهِ فى أصَحِّ الوَجْهَيْن) المَحْجُورُ عليه للسَّفَهِ تَصِحُّ وَصِيَّتُه فى قِياسِ قولِ أحمدَ . قال الخَبْرِىُّ : وهو قولُ الأكْثَرِين . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها لا تَصِحُّ . حَكاه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه فى تَصَرُّفاتِه ، فلم تَصِحَّ منه ، كالهِبَةِ . ولَنا ، أنَّه عاقِلٌ مُكَلَّفٌ ، فصَحَّتْ وَصِيَّتُه ، كالرَّشِيدِ ، ولأنَّ وَصِيَّتَه مَحْضُ مَصْلَحَةٍ مِن غيرِ ضَرَرٍ ؛ لأنَّه إن عاش لم يَذْهَبْ مِن مالِه شئٌ ، وإن مات فهو مُحْتاجٌ إلى الثَّوابِ ، فصَحَّتْ وَصِيَّتُه ، كعِباداتِه .

الإنصاف (١العِتْقِ ، نفَذَتْ ، بلا خِلافٍ . والمُكاتَبُ والمُدَبَّرُ وأُمُّ الوَلَدِ ، كالقِنِّ . فلو قال : متى عتَقْتُ ، ثم مِتُّ ، فثُلُثِى لفُلانٍ . نفَذ . نقَلَه الحارِثِىُّ(١) .

قوله : ومِنَ السَّفِيهِ فى أَصَحِّ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه فى « الفائقِ » ، و« الحارِثِىِّ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، لا تصِحُّ منه . حكاه أبو الخَطَّابِ . وذكَر المَجْدُ فى « شَرْحِه » ، أنَّه المَنْصوصُ . قلتُ : وهو ضعيفٌ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، فيما إذا أوْصَى بمالٍ . أمَّا وَصِيَّتُه على أوْلادِه ، فلا تصِحُّ ، قوْلًا واحدًا ؛ لأنَّه لا يمْلِكُ التَّصَرُّفَ بنَفْسِه ، فوَصِيَّتُه أحقُّ وأوْلَى . قالَه فى

(١ – ١) سقط من : ط .

المقنع

وَمِنَ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إِذَا جَاوَزَ الْعَشْرَ ، وَلَا تَصِحُّ مِمَّنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ ، وَفِيمَا بَيْنَهُمَا رِوَايَتَانِ .

الشرح الكبير

فصل : (و) تَصِحُّ (مِنَ الصَّبِيِّ العاقِلِ إذا جاوَزَ العَشْرَ ، ولا تَصِحُّ ممَّن له دُونَ السَّبْعِ ، وفيما بينَهما رِوايتان) المَنْصُوصُ عن أحمدَ صِحَّةُ وَصيةِ الصَّبِيِّ العاقِلِ إذا جاوَزَ العَشْرَ . رَواه عنه صالِحٌ ، وحَنْبَلٌ . قال أبو بكرٍ : لا يَخْتَلِفُ المَذْهَبُ أنَّ مَن له عَشْرُ سِنِين تَصِحُّ وصيتُه ، و مَن له دُونَ السَّبْعِ لا تَصِحُّ وَصيَّته ، وفيما بينَ السَّبْعِ والعَشْرِ رِوايتان . وقال ابن أبي مُوسى : لا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الغُلامِ لدُونِ العَشْرِ ، ولا الجارِيَةِ لدُونِ

الإنصاف

« المُطْلِعِ » . قلتُ : ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، فى بابِ المُوصَى إليه ، صِحَّةُ وَصِيَّته بذلك ، وهو أوْلَى بالصِّحَّةِ مِنَ الوَصِيَّةِ بالمالِ . والظَّاهِرُ أنَّ الذى حَداه إلى ذلك ، تَعْليلُ الأصحابِ بكَوْنِه مَحْجُورًا عليه فى تصرُّفاتِه ، أو لكَوْنِه مُحْتاجًا إلى الثَّوابِ ، وتصرُّفُه فى هذه مَحْضُ مَصْلَحَةٍ مِن غيرِ ضَرَرٍ ؛ لأنَّه إنْ عاشَ ، لم يذْهَبْ مِن مالِه شيءٌ . ولا يلْزَمُ مِن ذلك أنَّ الوَصِيَّةَ على أوْلادِه لا تصِحُّ ، اللَّهُمَّ إلَّا أنْ يكونَ فى المَسْأَلَةِ نَقْلٌ خاصٌّ .

قوله : ومِنَ الصَّبِيِّ العاقِلِ إذا جاوَزَ العَشْرَ . إذا جاوَزَ الصَّبِيُّ العَشْرَ ، صحَّتْ وَصِيَّته . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ الجماعَةِ ، وعليه الأصحابُ ، حتى قال أبو بَكْرٍ : لا يخْتَلِفُ المذهبُ ، أنَّ مَن له عَشْرٌ ، تصِحُّ وَصِيَّته . انتهى . وعنه ، تصِحُّ ، إذا بلَغ اثْنَتَىْ عَشْرَةَ سنَةً . نقَلها ابنُ المُنْذِرِ . ونقَل الأثْرَمُ ، لا تصِحُّ مِن ابنِ اثْنَتَىْ عَشْرَةَ سنَةً . فلم يطَّلِعْ أبو بَكْرٍ على ذلك . وقيل : لا تصِحُّ حتى يبْلُغَ . وهو احْتِمالٌ فى « الكافِى » .

الشرح الكبير

تِسْعٍ ، قولًا واحِدًا . وما زاد على العَشْرِ ، فتَصِحُّ على المَنْصُوصِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا تَصِحُّ حتى يَبْلُغَ . وقال القاضى ، وأبو الخَطّابِ : تَصِحُّ وصيةُ الصَّبِىِّ إذا عَقَل . وقد رُوِىَ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه أجاز وَصِيَّةَ الصَّبِىِّ . وهو قولُ عُمَرَ بن عبدِ العزيزِ ، وشُرَيْحٍ ، وعَطاءٍ ، والزُّهْرِىِّ ، وإياسٍ ، وعبدِ اللهِ بن عُتْبَةَ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، ومالكٍ ، وإسحاقَ . قال إسحاقُ : إذا بَلَغ اثْنَتَى عَشْرَةَ . وحَكاه ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ . وعن ابنِ عباسٍ ، لا تَصِحُّ وصيتُه حتى يَبْلُغَ . وبه قال الحَسَنُ ، ومُجاهِدٌ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وللشافعىِّ قولان كالمَذْهَبَيْن . ولأنَّه تبَرُّعٌ بالمالِ ، فلا يَصِحُّ مِن الصَّبِىِّ ، كالهِبَةِ والعِتْقِ . ولَنا ، ما رُوِىَ أنَّ صَبِيًّا مِن غَسّانَ لَه عَشْرُ سِنِينَ أوْصَى لأخْوالٍ له ، فرُفِعَ ذلك إلى عُمَرَ بنِ الخَطّابِ، رَضِىَ اللهُ عنه،[٥/١٧٠و] فأجازَ وَصِيَّتَه . رَواه سعيدٌ[1] . ورَوَى مالكٌ فى « مُوَطَّئِه »[2] عن عبدِ اللهِ بنِ أبى بكرٍ ، عن أبيه ، أنَّ عمرَو بنَ سُلَيْمٍ أخْبَرَه أنَّه قِيلَ لعُمَرَ بنِ الخَطّابِ : إنَّ هٰهُنا غُلَامًا يَفاعًا لم يَحْتَلِمْ ، ووَرَثَتُه بالشّامِ ، وهو ذو مالٍ ، وليس له هٰهُنا إلَّا ابْنَةُ

الإنصاف

قوله : ولا تصِحُّ مِمَّن له دونَ السَّبْعِ – يعْنِى ، ممَّن لم يُمَيِّزْ ، على ما تقدَّم فى كتابِ الصَّلاةِ – وفيما بينَهما رِوايَتان . يعْنِى ، فيما بينَ السَّبْعِ والعَشْرِ .

---

(١) فى : باب وصية الصبى ، من كتاب الوصايا . السنن ١/١٢٧ .

(٢) فى : باب جواز وصية الصغير ... ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/٧٦٢ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب الوصية للغلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٢/٤٢٤ مختصرا .

الشرح الكبير

عَمٌّ . فقال عُمَرُ : فلْيُوصِ لها . فأوْصَى لها[1] بمالٍ يُقالُ له : بِئْرُ جُشَمَ[2] . قال عمرُو بنُ سليمٍ : فبِعْتُ[3] ذلك المالَ بثَلاثِين ألْفًا . وابنةُ عَمِّه التى أوْصَى لها هى أُمُّ عمرٍو[4] بنِ سُلَيْمٍ . قال أبو بكرٍ : وكان الغُلامُ ابنَ عَشْرٍ أو اثْنَتَى عَشْرَةَ سنةً . وهذه قَضِيَّةٌ انْتَشَرَتْ و لم تُنْكَرْ ؛ ولأنَّه تَصَرُّفٌ تَمَحَّضَ نَفْعًا للصَّبِىِّ ، فصَحَّ منه كالإِسْلامِ والصلاةِ ، وذلك لأنَّ الوَصِيَّةَ صَدَقَةٌ يَحْصُلُ ثَوابُها له بعدَ غِناه عن مِلْكِه ، فلا يَلْحَقُه ضَرَرٌ فى عاجِلِ دُنْياه ولا أُخْراه ، بخِلافِ الهِبَةِ والعِتْقِ المُنْجَزِ ، فإنَّه يُفَوِّتُ مِن مالِه ما يَحْتاجُ إليه ، وإذا رُدَّتْ رَجَعَتْ إليه ، وههُنا لا يَرْجِعُ إليه بالرَّدِّ ، والطِّفْلُ لا عَقْلَ له ، ولا تَصِحُّ عِباداتُه ولا إسْلامُه . وأمّا مَن له فوقَ السَّبْعِ و لم يَبْلُغِ العَشْرَ ، فقد ذَكَرْنا فيه رِوايَتَيْن ؛ إحْداهما ، تَصِحُّ وَصِيَّتُه . وهو

الإنصاف

وأطْلَقَهما أبو بَكْرٍ عَبْدُ العَزيزِ ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايةِ » ؛ إحْداهما ، لا تصِحُّ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، وصاحِبِ « الوَجيزِ » . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » . قال ابنُ أبِى مُوسى : لا تصِحُّ وَصِيَّةُ الغُلامِ لدُونِ عَشْرٍ ، ولا إجازَتُه ، قوْلًا واحدًا . واخْتارَه أبو بَكْرٍ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قال

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى النسخ : « خشم » والمثبت من مصادر التخريج ومعجم البلدان .

(٣) فى م : « فبعث » .

(٤) فى النسخ : « عمر » . والمثبت من مصادر التخريج .

المقنع وَلَا تَصِحُّ مِنْ غَيْرِ عَاقِلٍ ؛ كَالطِّفْلِ ، وَالْمَجْنُونِ ، وَالْمُبَرْسَمِ . وَفِى السَّكْرَانِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير ظاهِرُ قولِ القاضى ، وأبى الخَطّابِ ؛ لأنَّه عاقِلٌ يَصِحُّ إسلامُه ، يُؤْمَرُ بالصلاةِ وتَصِحُّ منه ، أشْبَهَ مَن جاوَزَ العَشرَ . والثانيةُ ، لا تَصِحُّ ، كمن له دُونَ السَّبْعِ . والأوَّلُ أقْيَسُ . واللهُ أعلمُ . قال الخِرَقِىُّ : ومَن جاوَزَ العَشْرَ فوَصِيَّته جائِزَةٌ إذا وافقَ الحَقَّ . يُرِيدُ إذا وَصَّى وَصيَّةً يَصِحُّ مِثْلُها مِن البالِغِ صَحَّتْ منه ، وما لا فلا . قال شُرَيْحٌ ، وعبدُ اللهِ بنُ عُتْبَةَ ، وهما قاضِيان : مَن أصاب الحَقَّ أجَزْنا وَصِيَّته .

٢٦٥٢ – مسألة : (ولا تَصِحُّ مِن غيرِ عاقِلٍ ؛ كالطِّفْلِ ، والمَجْنُونِ ، والمُبَرْسَمِ . وفى السَّكْرانِ وَجْهان) أمّا الطِّفْلُ ، (١)وهو مَنْ(١)

الإنصاف فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : هذا المَشْهورُ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . قال الحارِثِىُّ : هذا الأشْهَرُ عنه . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، تصِحُّ . وهو المذهبُ . وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِىِّ إذا عقَل . قال المُصَنِّفُ فى « العُمْدَةِ » : وتصِحُّ الوَصِيَّةُ مِنَ الصَّبِىِّ إذا عقَل . وجزَم به فى « التَّسْهيلِ » . وصحَّحه فى « الخُلاصةِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُذْهَبِ » ، و « إدْراكِ الغايةِ » . قال الحارِثِىُّ : لم أجِدْ هذه مَنْصُوصةً عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وقيل : تصِحُّ وَصِيَّةُ بِنْتِ تِسْعٍ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبِى مُوسى . وقيل : تصِحُّ لسَبْعٍ منهما .

قوله : وفى السَّكْرانِ وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

(١ – ١) فى النسخ : « ومن » والمثبت كما فى المغنى ٥١٠/٨ .

الشرح الكبير

لهُ دُونَ سَبْعِ سِنِين ، والمَجْنُونُ ، والمُبَرْسَمُ ، فلا وَصِيَّةَ لهم ، فى قولِ الأكْثَرِين ؛ منهم حُمَيْدُ بنُ عبدِ الرحمنِ ، ومالكٌ ، والأوْزَاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، ومَن تَبِعَهم . قال شيخُنا[1] : ولا نَعْلَمُ أحَدًا خالَفَهم إلَّا إياسَ بنَ مُعاوِيَةَ ، فإنَّه قال فى الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ : إذا وافَقَتْ وَصِيَّتُهما الحَقَّ جازت . وليس بصَحِيحٍ ، فإنَّه لا حُكْمَ لكَلامِهِما ، ولا تَصِحُّ عِباداتُهما ولا شىءٌ مِن تَصَرُّفاتِهما ، فكذلك الوَصِيَّةُ ، بل أوْلَى ، فإنَّه إذا لم يَصِحَّ إسْلامُه ، وصَلاتُه التى هى مَحْضُ نَفْعٍ لا ضَرَرَ فيها ، فأوْلَى أن لا يَصِحَّ بَذْلُه لمالٍ يَتَضَرَّرُ به وارِثُه . فأمّا مَن يُفِيقُ فى الأحْيانِ ، فإذا أوْصَى حالَ جُنُونِه لم يَصِحَّ ، وإن أوْصَى حالَ إفاقَتِه صَحَّتْ وَصِيَّتُه ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ العُقَلاءِ فى شَهادَتِه ووُجُوبِ العِباداتِ عليه ، فكذلك وَصِيَّتُه . ولا تَصِحُّ وَصِيَّةُ السَّكْرانِ فى أصَحِّ الوَجْهَيْن . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها تَصِحُّ ، بِناءً على طَلاقِه . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّه غيرُ عاقِلٍ ، أشْبَهَ المَجْنُونَ ، وطَلاقُه إنَّما أوْقَعَه مَن أوْقَعَه تَغْلِيظًا عليه ، لارْتِكابِه المَعْصِيَةَ ، فلا يَتَعَدَّى هذا إلى وَصِيَّتِه ، فإنَّه لا ضَرَرَ عليه فيها ،

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ أحدُهما ، لا تصِحُّ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحارِثِىِّ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى

---

(١) فى : المغنى ٨/٥١٠ .

المقنع وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْأَخْرَسِ بِالْإِشَارَةِ ، وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مَنِ اعْتَقَلَ لِسَانُهُ بِهَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ .

الشرح الكبير إنَّما الضَّرَرُ على وارِثِه . فأمّا الضَّعِيفُ فى عَقْلِه ، فإن [٥/١٧٠ ظ] مَنَع ذاك رُشْدَه فى مالِه ، فهو كالسَّفِيهِ ، وإلَّا فهو كالعاقِلِ . واللهُ أعلمُ .

٢٦٥٣ – مسألة : (وتَصِحُّ وَصِيَّةُ الأخْرَسِ بالإشارَةِ ، ولا تَصِحُّ مِمَّن اعْتَقَلَ لِسانُه بها . ويَحْتَمِلُ أن تَصِحَّ) إذا فُهِمَتْ إشارَةُ الأخْرَسِ ، صَحَّتْ وَصِيَّتُه بها ؛ لأنَّها أُقِيمَتْ مُقامَ نُطْقِه فى طَلاقِه ولِعانِه وغيرِهما ، فإن لم تُفْهَمْ إشارَتُه ، فلا حُكْمَ لها . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وغيرُهما . فأمّا النّاطِقُ إذا اعْتُقِلَ لِسانُه ، فعُرِضَتْ عليه وَصِيَّتُه ، فأشارَ بها وفُهِمَتْ إشارتُه ، فلا تَصِحُّ وَصِيَّتُه إذا لم يكنْ مَأْيُوسًا مِن نُطْقِه . ذَكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، وأبو حنيفةَ . ويَحْتَمِلُ أن تَصِحَّ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لأنَّه غيرُ قادِرٍ على الكَلامِ ، أشْبَهَ الأخْرَسَ . واحْتَجَّ ابنُ المُنْذِرِ بأنَّ رسولَ اللهِ ﷺ صَلَّى وهو قاعِدٌ ، فأشارَ إليهم فقَعَدُوا . رَواه البُخارِىُّ[1] . وخَرَّجَه ابنُ عَقِيلٍ

الإنصاف « الكافِى » وغيرِه . والوَجْهُ الثّانى ، تصِحُّ وَصِيَّتُه . ويأْتِى فى أوَّلِ كتابِ الطَّلاقِ ، أنَّ فى أقْوالِ السَّكْرانِ وأفْعالِه خَمْسَ رِواياتٍ ، أو سِتًّا .

قوله : ولا تصِحُّ وَصِيَّةُ مَنِ اعْتَقَلَ لِسانُه بها . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٤١٦/٣ من حديث : « إنما جعل الإمام ليؤتم به » .

الشرح الكبير

وَجْهًا إذا اتَّصَلَ باعْتِقالِ لِسانِه المَوْتُ . ولَنا ، أنَّه غيرُ مَأْيُوسٍ مِن نُطْقِه ، فلم تَصِحَّ وَصِيَّتُه بالإشارَةِ ، كالقادِرِ على الكلامِ . والخَبَرُ لا يُلْزِمُ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ كان قادِرًا على الكَلامِ ، ولا خِلافَ فى أنَّ إشارَةَ القادِرِ لا تَصِحُّ بها وَصِيَّتُه ولا إقْرارُه ، وفارَقَ الأخْرَسَ ، فإنَّه مَأْيُوسٌ مِن نُطْقِه .

فصل : وإن وَصَّى عَبْدٌ أو مُكاتَبٌ أو أُمُّ وَلَدٍ وَصِيَّةً ، ثم ماتُوا على الرِّقِّ ، فلا وَصِيَّةَ لهم ؛ لأنَّه لا مالَ لهم . وإن عَتَقُوا ثم ماتُوا و لم يُغَيِّرُوا وَصِيَّتَهم ، صَحَّتْ ؛ لأنَّ لهم قولًا صَحيحًا وأهْلِيَّةً تامَّةً ، وإنَّما[1] فارَقُوا الحُرَّ بأنَّهم لا مالَ لهم ، والوَصِيَّةُ تَصِحُّ مع عَدَمِ المالِ ، كما لو وَصَّى الفَقِيرُ ولا شئَ له ، ثم اسْتَغْنَى . وإن قال أحَدُهم : متى عَتَقْتُ ثم مِتُّ ، فثُلُثِى لفُلانٍ وَصِيَّةٌ . فَعَتَقَ ثم مات ، صَحَّتْ وَصِيَّتُه . وبه قال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ ، وأبو ثَوْرٍ . ولا أعْلَمُ عن غيرِهم خِلافَهم .

الإنصاف

وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، وغيرِهم . وعنه التَّوَقُّفُ . ويَحْتَمِلُ أنْ تصِحَّ . يعْنِى ، إذا اتَّصَلَ بالمَوْتِ ، وفُهِمَتْ إشارَتُه . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، واخْتارَه فى « الفائقِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال الحارِثِىُّ : وهو الأوْلَى . واسْتدَلَّ له بحديثِ رَضٍّ[2] اليَهُودِىِّ رأْسَ الجارِيَةِ ، وإيمائِها إليه[3] .

---

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : ط .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٠/٤٤٦ .

المقنع

وَإنْ وُجِدَتْ وَصِيَّتُهُ بِخَطِّهِ ، صَحَّتْ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا تَصِحَّ حَتَّى يُشْهِدَ عَلَيْهَا .

الشرح الكبير

٢٦٥٤ – مسألة : (وإن وُجِدَتْ وَصِيَّته بخَطِّه ، صَحَّتْ) وعنه (لا تَصِحُّ حتى يُشْهِدَ عليها) نَقَل إسحاقُ بنُ إبراهيمَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : مَن مات فوُجِدَتْ وَصِيَّته مَكْتُوبَةً عندَ رَأْسِه و لم يُشْهِدْ عليها ، وعُرِف خَطُّه وكان مَشْهُورَ الخَطِّ ، يُقبَلُ ما فيها . ووَجْهُ ذلك قولُ النبيِّ ﷺ : « مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شيءٌ يُوصِى فيه ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْن إلَّا ووَصِيَّته مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ »[1] . و لم يَذْكُرْ شَهادَةً . ولأنَّ الوَصِيَّةَ يُتَسامَحُ فيها ، ويَصِحُّ تَعْلِيقُها على الخَطَرِ والغَرَرِ ، وتَصِحُّ للحَمْلِ وبالحَمْلِ ، وبما لا يُقْدَرُ على تَسْلِيمِه ، فجاز أن يُتَسامَحَ فيها بقَبُولِ الخَطِّ ، كرِوايَةِ الحديثِ ، وكما لو كَتَب الطَّلاقَ و لم يَلْفِظْ به . وعن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّه لا يُقْبَلُ الخَطُّ فى الوَصِيَّةِ ، ولا يُشْهدُ على الوَصِيَّةِ المَخْتُومَةِ حتى يَسْمَعَها الشُّهُودُ منه ،

الإنصاف

قوله : وإنْ وُجِدَتْ وَصِيَّته بخَطِّه ، صَحَّتْ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا . قال الزَّرْكَشِيُّ : نصَّ عليه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، واعْتمدَه الأصحابُ ، وقالَه الخِرَقِيُّ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقال القاضى فى « شَرْحِ المُخْتَصَرِ » : ثُبوتُ الخطِّ يتوَقَّفُ على مُعايَنَةِ البَيِّنَةِ أوِ الحاكمِ لفِعْلِ الكِتابةِ ؛ لأنَّ الكِتابةَ عمَلٌ ، والشَّهادَةُ على العمَلِ طريقُها الرُّؤْيَةُ . نقَلَه الحارِثِيُّ . ويحْتَمِلُ أنْ لا تصِحَّ حتى يُشْهِدَ عليها . وقد خرَّج ابنُ عَقِيلٍ ، ومَن بعدَه ، رِوايَةً بعدَمِ الصِّحَّةِ ؛

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦/١٢ .

الشرح الكبير

أو [٥/١٧١ و] تُقْرَأَ عليه فيُقِرَّ بما فيها . وبهذا قال الحسنُ ، وأبو قِلابَةَ ، والشافعيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لأنَّ الحُكْمَ لا يجوزُ برُؤْيَةِ خطِّ الشّاهِدِ بالشَّهادَةِ ، فكذا هٰهُنا ، وأبْلَغُ مِن هذا أنَّ الحاكِمَ لو رَأى حُكْمَه بخَطِّه تحتَ خَتْمِه ، ولم يَذْكُرْ أنَّه حَكَمَ به ، أو رَأى الشّاهِدُ شَهادَتَه بخَطِّه ، ولم يَذْكُرِ الشَّهادَةَ ، لم يَجُزْ للحاكِمِ إنْفاذُ الحُكْمِ بما وَجَدَه ، ولا للشّاهِدِ الشَّهادَةُ بما رَأى خَطَّه به ، فهٰهُنا أوْلَى .

فصل[1] : وإن كَتَبَ وَصِيَّته ، وقال : اشْهَدُوا عَلَيَّ بما فى هذه الوَرَقَةِ . أو قال : هذه وَصِيَّتِى فاشْهَدُوا عَلَيَّ بها . فقد حُكِيَ عن أحمدَ ، أنَّ الرجلَ إذا كَتَبَ وَصِيَّته وخَتَم عَليها ، وقال للشُّهودِ : اشْهَدُوا عليَّ بما فى هذا الكتابِ . لا يجوزُ حتى يَسْمَعُوا منه ما فيه ، أو يُقْرَأَ عليه فيُقِرَّ بما فيه . وهو قولُ مَن سَمَّيْنا فى المسألةِ الأُولَى . ويَحْتَمِلُ جوازُه على ما نَقَلَه عن أحمدَ إسحاقُ بنُ إبراهيمَ فى المسألةِ قَبلَها ، وذَكَرَه الخِرَقِيُّ . ومِمَّن

الإنصاف

أخْذًا مِن قوْلِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن كَتَبَ وَصِيَّته وخَتَمَها ، وقال : اشْهَدُوا بما فيها . أنَّه لا تصِحُّ ، أىْ شَهادَتُهم على ذلك . فنصَّ الإمامُ أحمدُ ، فى الأُولَى [٢/٢٦٤ظ] بالصِّحَّةِ ، وفى الثَّانِيَةِ بعَدَمِها ، حتى يسْمَعُوا ما فيه ، أو يُقْرَأَ عليه ، فيُقِرَّ بما فيه . فخرَّج جماعَةٌ ؛ منهم المَجْدُ فى « مُحَرَّرِه » وغيرُه ، فى كلٍّ منهما رِوايَةً مِنَ الأُخْرَى ، وقد خرَّج المُصَنِّفُ ، فى بابِ كتابِ القاضى إلى القاضى ، مِنَ الأُولَى فى الثَّانِيَةِ ، وقال هنا : يحْتَمِلُ أنْ لا تصِحَّ حتى يُشْهِدَ عليها . فهو كالتَّخْريجِ مِنَ الثَّانِيَةِ فى الأُولَى . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ التَّفْرِقَةُ ؛ فتَصِحُّ فى

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

قال ذلك ؛ عبدُ المَلِكِ بنُ يَعْلَى[1] ، ومَكْحُولٌ ، ونُمَيْرُ بنُ إبراهيمَ[2] ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والأَوْزاعِيُّ ، ومحمدُ بنُ مَسْلَمَةَ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ عن سالمِ بنِ عبدِ اللهِ ، وقَتادَةَ ، وسَوَّارِ بنِ عبدِ اللهِ ابنِ الحسنِ ، ومُعاذِ بنِ مُعاذٍ[3] العَنْبَرِيَّيْن . وهو مَذْهَبُ فُقَهاءِ أهلِ البَصْرَةِ وقُضاتِهم ، واحْتَجَّ أبو عُبَيْدٍ بكُتُبِ رسولِ اللهِ ﷺ إلى عُمّالِه وأُمَرائِه فى أمْرِ ولايَتِه وأحْكامِه وسُنَنِه ، ثم ما عَمِلَ به الخُلفاءُ الرّاشِدُون المَهْدِيُّون بعدَه مِن كُتُبِهم إلى وُلاتِهم بالأحْكامِ التى فيها الدِّماءُ والفُرُوجُ والأمْوالُ مَخْتُومَةً ، لا يَعْلَمُ حامِلُها ما فيها ، وأمْضَوْها على وَجْهِها . وذَكَرَ اسْتِخْلافَ سُلَيْمانَ بنِ عبدِ المَلِكِ عُمَرَ بنَ عبدِ العزيزِ بكتابٍ كَتَبَه وخَتَم عليه . ولا نَعْلَمُ أحدًا أنْكَرَ ذلك مع شُهْرَتِه وانْتِشارِه فى عُلَماءِ العَصْرِ ، فيكونُ إجْماعًا . ووَجْهُ القولِ الأوَّلِ ، أنَّه كِتابٌ لا يَعْلَمُ الشّاهِدُ ما فيه ، فلم يَجُزْ أن يَشْهَدَ عليه ، ككِتابِ القاضى إلى القاضى . والأوْلَى الجَوازُ إن شاءَ اللهُ تعالى ؛ لظُهُورِ دَليلِه . والأصْلُ لَنا فيه مَنْعٌ .

الإنصاف

الأُولَى ، ولا تصِحُّ فى الثَّانِيَةِ . وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقيل : تصِحُّ فى الثَّانيَةِ أيضًا . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » . ويأْتِى النَّصَّان فى

---

(١) عبد الملك بن يعلى الليثى ، قاضى البصرة ، روى عن النبى ﷺ مرسلا ، وعن عمران بن حصين ، ثقة ، توفى سنة مائة . تهذيب التهذيب ٦/٤٢٩ .

(٢) لم نجد نمير بن إبراهيم . ولعل المقصود نمير بن أوس الأشعرى ، قاضى دمشق ، معاصر مكحول . انظر : أخبار القضاة لوكيع ٣/٢٠٤ – ٢٠٦ . الإكمال ٧/٣٦٣ .

(٣) معاذ بن معاذ بن نصر بن حسان أبو المثنى العنبرى البصرى ، كان ثقة عالما فقيها ، ولى قضاء البصرة لهارون ، ثم عزل . ولد سنة تسع عشرة ومائة ، وتوفى سنة ست وتسعين ومائة . تهذيب التهذيب ١٠/١٩٤ ، ١٩٥ .

الشرح الكبير

فصل : وأمّا إذا ثَبَتَتِ الوَصِيَّةُ بشَهادَةٍ ، أو إقْرارِ الوَرَثَةِ به ، فإنَّه يَثْبُتُ حُكْمُه ويُعْمَلُ به ما لم يُعْلَمْ رُجُوعُه عنه ، وإن تطاوَلَتْ مُدَّتُه وتَغَيَّرَتْ أحْوالُ المُوصِى ، مثلَ أن يُوصِىَ فى مَرَضٍ فيَبْرَأَ منه ، ثم يَمُوتَ بعدُ أو يُقْتَلَ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقاؤُه ، فلا يَزُولُ حُكْمُه بمُجَرَّدِ الاحْتِمالِ والشَّكِّ ، كسائِرِ الأَحْكامِ .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن يَكْتُبَ المُوصِى وَصِيَّتَه ويُشْهِدَ عليها ؛ لأنَّه أحْوَطُ لها وأحْفَظُ لِما فيها ، وقد ذَكَرْنا حديثَ ابنِ عُمَرَ . ورَوَى أنَسٌ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : كانوا يَكْتُبُون فى صُدُورِ وَصاياهم : بسمِ اللهِ الرحمنِ الرحيمِ ، هذا ما أوْصَى به فلانٌ ، أنَّه يَشْهَدُ أن لا إلهَ إلَّا اللهُ وَحْدَه لا شَرِيكَ له وأنَّ محمدًا عبدُه ورسولُه ، وأن السّاعَةَ آتِيَةٌ لا رَيْبَ فيها ، وأنَّ اللهَ [٥/١٧١ ظ] يَبْعَثُ مَن فى القُبُورِ ، وأوْصَى مَن تَرَك مِن أهْلِه أن يَتَّقُوا اللهَ ويُصْلِحُوا ذاتَ بينِهم ، ويُطِيعُوا اللهَ ورسولَه إن كانوا مُؤْمِنِين ، وأوْصاهم بما أوْصَى به إبراهيمُ بَنِيه ويَعْقُوبُ : ﴿ يَٰبَنِىَّ إِنَّ ٱللَّهَ ٱصْطَفَىٰ لَكُمُ ٱلدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾[1] . أخْرَجَه سعيدٌ[2] ، عن فُضَيْلِ بنِ

الإنصاف

كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ حُكْمِ كتابِ القاضى إلى القاضى .

تنبيه : مَعْنَى قَوْلِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن كَتَب وَصِيَّتَه وخَتَمَها ، وقال : اشْهَدُوا بما فيها . أنَّها لا تصِحُّ ، أىْ لا تَصِحُّ شَهادَتُهم على ذلك . فأمَّا العَمَلُ

(١) سورة البقرة ١٣٢ .

(٢) فى : أول كتاب الوصايا . السنن ١/١٠٤ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب ما يستحب بالوصية من التشهد والكلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٢/٤٠٤ .

الشرح الكبير

عِياضٍ ، عن هِشامِ بن حَسّان ، عن ابنِ سِيرِينَ ، عن أنَسٍ . ورُوِىَ عن ابنِ مسعودٍ ، أنَّه كَتَب فى وَصِيَّتِه : بسمِ اللهِ الرحمنِ الرحيمِ ، هذا ذِكْرُ ما وَصَّى به عبدُ اللهِ بنُ مسعودٍ ، إن حَدَث بى حادِثُ المَوْتِ مِن مَرَضِى[1] هذا ، أنَّ مَرْجِعَ وَصِيَّتِى إلى اللهِ تعالى ، ثم إلى الزُّبَيْرِ بنِ العَوّامِ ، وابنِه عبدِ اللهِ ، وأنَّهما فى حِلٍّ وبِلٍّ[2] ممّا وَلِيا وقَضيا ، وأنَّه لا تُزَوَّجُ امرأةٌ مِن بَناتِ عبدِ اللهِ إلَّا بإذْنِهما[3] . ورَوَى ابنُ عبدِ البَرِّ قال : كان فى وَصِيَّةِ أبى الدَّرْداءِ : بسمِ اللهِ الرحمنِ الرحيمِ ، هذا ما أوْصَى به أبو الدَّرْداءِ ، أنَّه يَشْهَدُ أن لا إلَهَ إلَّا اللهُ وَحْدَه لا شَرِيكَ له وأنَّ محمدًا عبدُه ورسولُه ، وأنَّ الجَنَّةَ حَقٌّ والنّارَ حَقٌّ ، وأنَّ اللهَ يَبْعَثُ مَن فى القُبُورِ ، وأنَّه يُؤْمِنُ باللهِ ويَكْفُرُ بالطَّاغُوتِ ، على ذلك يَحْيا ويَمُوتُ إن شاء اللهُ ، وأوْصَى فيما رَزَقَه اللهُ بكذا وكذا ، وأنَّ هذه وَصِيَّتُه إن لم يُغَيِّرْها .

الإنصاف

بخَطِّه فى هذه الوَصِيَّةِ ، فحيثُ عُلِمَ خَطُّه ؛ إمَّا بإقْرارٍ ، أو بيِّنَةٍ ، فإنَّه يُعْمَلُ بها كالأُولَى ، بل هى مِن أفرادِ العَمَلِ بالخَطِّ فى الوَصِيَّةِ . نبَّه على ذلك شيْخُنا فى حَواشِى « الفُروعِ » . وهو واضِحٌ . قلتُ : فى كلامِ الزَّرْكَشِىِّ إيماءٌ إلى ذلك ، فإنَّه قال : وقد يُفَرَّقُ بأنَّ شَرْطَ الشَّهادَةِ العِلْمُ ، وما فى الوَصِيَّةِ ، والحالُ هذه ، غيرُ معْلومٍ . أمَّا لو وقَعَتِ الوَصِيَّةُ ، على أنَّه وَصَّى ، فليس فى نصِّ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ تعالَى ، ما يَمْنَعُه . ثم بعدَ ذلك يُعْمَلُ بالخَطِّ بشَرْطِه . انتهى .

---

(1) فى م : « مرضه » .

(2) بل ، بكسر الباء : مباح مطلق .

(3) أخرجه البيهقى ، فى : باب الأوصياء ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٨٢ ، ٢٨٣ . وإسناده منقطع ؛ لأنَّ عامر بن عبد الله لم يدرك عبد الله بن مسعود . انظر الإرواء ٦/١٠١ ، ١٠٢ .

المقنع

فَصْلٌ : وَالْوَصِيَّةُ مُسْتَحَبَّةٌ لِمَنْ تَرَكَ [١٦١و] خَيْرًا – وَهُوَ الْمَالُ الْكَثِيرُ – بِخُمْسِ مَالِهِ ، وَتُكْرَهُ لِغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ .

الشرح الكبير

فصل : قال رَحِمَه اللهُ : (والوَصِيَّةُ مُسْتَحَبَّةٌ لمَن تَرَك خَيْرًا – وهو المالُ الكَثِيرُ – بخُمْسِ مالِه ، وتُكْرَهُ لغيرِه إن كان له وَرَثَةٌ) وجملةُ ذلك ، أنَّ الوَصِيَّةَ مُسْتَحَبَّةٌ لمَن تَرَك خَيْرًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾[1] . فنُسِخَ الوُجُوبُ ، وبَقِيَ الاسْتِحْبابُ فى حَقِّ مَن لا يَرِثُ . وروَى ابنُ عُمَرَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « يا ابْنَ آدَمَ ، جَعَلْتُ لَكَ نَصِيبًا مِن مالِكَ حِينَ أَخَذْتُ بكَظَمِكَ[2] لأُطَهِّرَكَ وأُزَكِّيَكَ » . وعن أبى هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوالِكُمْ » . رَواهما ابنُ ماجه[3] . وقال الشَّعْبِيُّ : مَن أَوْصَى بوَصِيَّةٍ فلم يَجُرْ و لم يَحِفْ ، كان له مِن الأجْرِ مثلُ ما لو أعْطاها وهو صحيحٌ . فأمّا الفَقِيرُ الذى له وَرَثَةٌ

الإنصاف

قوله : والوَصِيَّةُ مُسْتَحَبَّةٌ . هذا المذهبُ فى الجُمْلَةِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وعنه ، تجِبُ لقَريبٍ غيرِ وارِثٍ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . ونقَل فى « التَّبْصِرَةِ » عن أبى بَكْرٍ ، وُجوبَها للمَساكِينِ ، ووُجُوهِ البِرِّ .

قوله : لمَن ترَك خَيْرًا ؛ وهو المالُ الكَثِيرُ . يَعْنِى ، فى عُرْفِ النَّاسِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى

---

(١) سورة البقرة ١٨٠ .

(٢) الكظم : مخرج النفس .

(٣) الأول فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٤ . وفى الزوائد : فى إسناده مقال . والثانى تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٣ .

الشرح الكبير

مُحْتاجُون فلا يُسْتَحَبُّ له أن يُوصِىَ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال فى الوَصِيَّةِ : ﴿ إن تَرَكَ خَيْرًا ﴾ . وقال النبىُّ ﷺ لسَعْدٍ : « إنكَ أنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أغْنِياءَ ، خَيْرٌ مِنْ أنْ تَدَعَهُمْ عالَةً يَتَكَفَّفُونَ النّاسَ »[1] . وقال : « ابْدَأْ بنَفْسِك ، ثم بمَن تَعُولُ »[2] . وقال عَلِىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لرجلٍ أرادَ أن يُوصِىَ : إنَّكَ لم تَدَعْ طائِلًا ، إنَّما تَرَكْتَ شيئًا يَسِيرًا ، فدَعْه لوَرَثَتِك . ورُوِىَ عنه أنَّه قال فى أرْبَعِمائةِ دِينارٍ : ليس فيها فَضْلٌ عن الوارِثِ . ورُوِىَ عن عائشَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّ رجلًا قال لها : لى ثلاثةُ آلافِ دِرْهَمٍ ، وأرْبَعةُ أولادٍ ، أفأُوصِى ؟ فقالت : اجْعَلِ الثَّلاثَةَ للأرْبَعَةِ[3] . [٥/١٧٢ و] وعن ابنِ عباسٍ قال : مَن تَرَكَ سَبْعَمائةِ دِرْهَمٍ ليس عليه وَصِيَّةٌ[3] . وقال عُرْوَةُ : دَخَل عَلِىٌّ على صَدِيقٍ له يَعُودُه ، فقال الرجلُ : إنِّى أُرِيدُ أن أُوصِىَ . فقال له علىٌّ : إنَّ اللهَ تعالى يقولُ : ﴿ إن تَرَكَ خَيْرًا ﴾ وإنَّكَ إنَّما تَدَعُ شيئًا يَسِيرًا ، فدَعْه لوَرَثَتِكَ[3] . واخْتَلَفَ أهْلُ العِلْمِ فى القَدْرِ الذى لا تُسْتَحَبُّ الوَصِيَّةُ

الإنصاف

الصَّغِيرِ » . وقطَع به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقال المُصَنِّفُ : والذى يقْوَى عندِى ، أنَّه متى كان المَتْروكُ لا يفْضُلُ عن غِنَى الوَرَثَةِ ، لا تُسْتَحَبُّ الوَصِيَّةُ . واخْتارَه فى « الفائقِ » . وقيل : هو مَن كان له أكثرُ مِن ثلاثَةِ آلافٍ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » . وقال فى « الوَجيزِ » : تُسَنُّ لمَن ترَك وَرَثَةً وألْفَ دِرْهَمٍ فصاعِدًا ، لا دُونَها . وقالَه أبو الخَطَّابِ وغيرُه .

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١/٣٤٣ . من حديث : « والثلث كثير » .

(٢) تقدم تخريجه فى ٦/٣٤٠ .

(٣) انظر ما أخرجه البيهقى ، فى : باب من استحب ترك الوصية إذا لم يترك شيئا كثيرا ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٧٠ .

الشرح الكبير

لمالِكِه ، فرُوِىَ عن أحمدَ : إذا تَرَك دُونَ الألْفِ لا تُسْتَحَبُّ له الوَصِيَّةُ . وعن علىٍّ ، أرْبعمائةِ دِينارٍ . وعن ابنِ عباسٍ : إذا تَرَك المَيِّتُ سَبْعَمائةِ دِرْهمٍ فلا يُوصِى . وقال : مَن تَرَك سِتِّين دِينارًا ما تَرَك خيْرًا . وقال طَاوُسٌ : الخَيْرُ ثَمانُون دينارًا . وقال النَّخَعِىُّ : ألْفٌ إلى خَمْسِمائةٍ . وقال أبو حنيفةَ : القَلِيلُ أن يُصيبَ أقَلُّ الوَرَثَةِ سَهْمًا خمسون درهَمًا . قال شيخُنا[1] : والذى يَقْوَى عندِى ، أنَّه متى كان المَتْرُوكُ لا يَفْضُلُ عن غِنَى الورثةِ ، لم تُسْتَحَبَّ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ عَلَّلَ المَنْعَ مِن الوَصِيَّةِ بقَوْلِه : « إنَّكَ أنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أغْنِياءَ ، خَيْرٌ مِنْ أن تَدَعَهُمْ عالَةً » . ولأنَّ إعْطاءَ القَرِيبِ المُحْتاجِ خَيْرٌ مِن إعْطاءِ الأجْنَبِىِّ ، فمتى لم يَبْلُغِ المِيراثُ غِناهم ، كان تَرْكُه لهم كعَطِيَّتِهم إيّاه ، فيكونُ أفْضَلَ مِن الوَصِيَّةِ به لغيرِهم . فعلى هذا ، تَخْتَلِفُ الحالُ باخْتِلافِ الوَرَثَةِ فى كَثْرَتِهم وقِلَّتِهم وغِناهم وحاجَتِهم ، فلا يَتَقَيَّدُ بقَدْرٍ مِن المالِ . وقد قال الشَّعْبِىُّ : ما مِن مالٍ أعْظَمُ أجْرًا مِن مالٍ يَتْرُكُه الرجلُ لوَلَدِه ، يُغْنِيهم به عن النّاسِ .

الإنصاف

فائدة : المُتَوَسِّطُ فى المالِ ، هو المَعْروفُ فى عُرْفِ النَّاسِ بذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقيل : المُتَوَسِّطُ ؛ مَن له ثلاثَةُ آلافِ دِرْهَمٍ ، والفَقِيرُ ؛ مَن له دُونَها . وجزَم جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ ، أنَّ المُتَوَسِّطَ ؛ مَن مَلَك مِن ألْفٍ إلى ثلاثَةِ آلافٍ ؛ منهم صاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقيل : الفَقِيرُ ؛ مَن له دُونَ ألْفٍ . ونقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ . قال فى « الفُروعِ » : قال

---

(١) فى : المغنى ٨/٣٩٢ ، ٣٩٣ .

الشرح الكبير

فصل : والأَوْلَى أن لا يَسْتَوْعِبَ الثُّلُثَ بالوَصِيَّةِ وإن كان غَنِيًّا ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . قال ابنُ عباسٍ : لو أنَّ الناسَ غَضُّوا[1] مِن الثُّلُثِ ، فإنَّ النبيَّ ﷺ قال : « الثُّلُثُ كَثِيرٌ » . مُتَّفَقٌ عليه . وقال القاضى ، وأبو الخَطّابِ : إن كان غَنِيًّا اسْتُحِبَّ الوَصِيَّةُ بالثُّلُثِ . ولَنا ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال لسَعْدٍ : « والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . مع إخْبارِه إيّاه بكَثْرَةِ مالِه وقِلَّةِ عِيالِه ، فإنَّه قال فى الحديثِ : إنَّ لى مالًا كَثِيرًا ، ولا يَرِثُنى إلَّا ابْنَتِى . ورَوَى سعيدٌ[2] ، ثنا خالدُ بنُ عبدِ اللهِ ، ثنا عَطاءُ بنُ السّائِبِ ، عن أبى عبدِ الرحمنِ السُّلَمِىِّ ، عن سعدِ بنِ مالكٍ ، قال : مَرِضْتُ مَرَضًا فعادَنِى رسولُ اللهِ ﷺ فقال لى : « أَوْصَيْتَ ؟ » . فقُلْتُ : نعم ، أَوْصَيْتُ بمالى كُلِّه للفُقَراءِ وفى سَبيلِ اللهِ ، فقال لى رسولُ اللهِ ﷺ : « أَوْصِ بالعُشْرِ » . فقُلْتُ : يا رسولَ اللهِ ، مالِى كَثِيرٌ ، ووَرَثَتِى أغْنِياءُ . فلم يَزَلْ رسولُ اللهِ ﷺ يُنَاقِصُنى وأُناقِصُه حتى قال : « أَوْصِ بالثُّلُثِ ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . قال أبو عبدِ الرحمنِ : لم يكنْ منّا مَن يَبْلُغُ فى وَصِيَّتِه الثُّلُثَ حتى يَنْقُصَ منه شيئًا ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « الثُّلُثُ والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . إذا ثَبَت هذا ،

الإنصاف

أصحابُنا : هو فقيرٌ .

قوله : بخُمْسِ مالِه . يعْنِى ، يُسْتَحَبُّ لمَن تركَ خَيْرًا الوَصِيَّةُ بخُمْسِ مالِه . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ،

---

(1) فى م : « نقصوا » .

(2) فى : باب هل يوصى الرجل من ماله بأكثر من الثلث ؛ من كتاب الوصايا . السنن ١/١٠٦ ، ١٠٧ .

الشرح الكبير

فالأفْضَلُ للغَنِيِّ الوَصِيَّةُ بالخُمْسِ . رُوِىَ نحوُ هذا عن [٥/١٧٢ ظ] أبى بكرٍ الصِّدِّيقِ ، وعلىِّ بنِ أبى طالِبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما[1] . وهو ظاهِرُ قولِ السَّلَفِ ، وعُلَماءِ أهلِ البَصْرَةِ . ويُرْوَى عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه جاءَه شيخٌ ، فقال : يا أميرَ المؤمنين ، أنا شيخٌ كَبِيرٌ ، ومالِى كَثِيرٌ ، ويَرِثُنى أعْرابٌ مَوالٍ كَلالَةٌ ، مَنْزُوحٌ نَسَبُهم[2] ، أفأُوصِى بمالِى كُلِّه ؟ قال : لا . فلم يَزَلْ يَحُطُّهُ حتى بَلَغ العُشْرَ[3] . وقال إسحاقُ : السُّنَّةُ الرُّبْعُ ، إلَّا أن يكونَ الرجلُ يَعْرِفُ فى مالِه حُرْمَةَ شُبُهاتٍ أو غيرِها ، فله اسْتِيعابُ الثُّلُثِ . ولَنا ، أنَّ أبا بكرٍ الصِّدِّيقَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أوْصَى بالخُمْسِ ، وقال : رَضِيتُ بما رَضِىَ اللهُ به لنَفْسِه . يُرِيدُ قَوْلَه تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾[4] . ورُوِىَ أنَّ أبا بكرٍ وعليًّا ، رَضِىَ اللهُ

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقال النَّاظِمُ : يُسْتَحَبُّ لمَن له مالٌ كثيرٌ ، ووارِثُه غَنِىٌّ ، الوَصِيَّةُ[5] بخُمْسِ مالِه . وقيل : بثُلُثِ مالِه عندَ كَثْرَتِه . اخْتارَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ . قال الحارِثِىُّ : وهو المَنْصوصُ . وقال فى « الإفْصاحِ » : تُسَنُّ الوَصِيَّةُ بدُونِ الثُّلُثِ . وقال فى

---

(١) أخرجه عنهما سعيد بن منصور فى الموضع السابق ، وانظر ما أخرجه عبد الرزّاق فى المصنف ٩/٦٦ ، ٦٧ .

(٢) فى م : « بينهم » .

(٣) أخرجه سعيد فى : الباب السابق ١/١٠٧ . والدارمى فى : باب الوصية بأقلّ من الثلث ، من كتاب الوصايا ، سنن الدارمى ٢/٤٠٨ مختصرًا .

(٤) سورة الأنفال ٤١ .

وانظر ما أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٩/٦٦ ، ٦٧ .

(٥) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

عنهما ، أوْصَيا بالخُمْسِ . وعن عليٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لأن أُوصِىَ بالخُمْسِ ، أَحَبُّ إلىَّ مِن أن أُوصِىَ بالرُّبْعِ[1] . وعن إبراهيمَ ، قال : كانوا يقولون : صاحِبُ الرُّبْعِ أفْضَلُ مِن صاحِبِ الثُّلُثِ ، وصاحِبُ الخُمْسِ أفْضَلُ مِن صاحِبِ الرُّبْعِ . وعن الشَّعْبِىِّ ، قال : كان الخُمْسُ أحَبَّ إليهم مِن الثُّلُثِ ، فهو مُنْتَهَى الجامِحِ[2] . وعن العَلاءِ بنِ زِيادٍ ، قال : أوْصَى أبى أن أسألَ العُلَماءَ : أىُّ الوَصِيَّةِ أعْدَلُ ؟. فما تَتابَعُوا عليه فهو وَصِيَّةٌ ، فتَتابَعُوا على الخُمْسِ[3] .

الإنصاف

« الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، وغيرِهم : يُسْتَحَبُّ للغَنِىِّ الوَصِيَّةُ بثُلُثِ مالِه ، وللمُتَوسِّطِ بالخُمْسِ . ونقَل أبو طالِبٍ ، إنْ لم يَكُنْ له مالٌ كثيرٌ ؛ ألْفانِ أو ثلاثَةٌ ، أوْصَى بالخُمْسِ ، ولم يُضَيِّقْ على وَرَثَتِه ، وإنْ كان له[4] مالٌ كثيرٌ ، فبالرُّبْعِ ، أوِ الثُّلُثِ . وأطْلَقَ فى « الغُنْيَةِ » اسْتِحْبابَ الوَصِيَّةِ بالثُّلُثِ لقريبٍ فقيرٍ ، فإنْ كان القريبُ غَنِيًّا ؛ فلمِسْكِينٍ ، وعالِمٍ ، ودَيِّنٍ ، قَطَعَهم عن السَّبَبِ القَدَرُ ، وضَيَّقَ عليهم الوَرَعُ الحَرَكَةَ فيه ، وانْقَلَبَ السَّبَبُ عندَهم فترَكُوه ، ووَثِقُوا بالحقِّ . انتهى . وكذا قيَّد المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » اسْتِحْبابَ الوَصِيَّةِ بالثُّلُثِ لقريبٍ فقيرٍ . قال فى « الفُروعِ » : مع أنَّ دَليلَه عامٌّ .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٦٦/٩ .

(٢) أخرجه عنهما ابنُ أبى شيبة فى المصنف ٢٠١/١١ .

(٣) أخرجه سعيد فى سننه ١٠٧/١ ، ١٠٨ . والدارمى فى : باب الوصية بأقلّ من الثلث ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٤٠٧/٢ .

(٤) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

فصل : والأفْضَلُ أن يَجْعَلَ وَصِيَّته لأقارِبه الذين لا يَرِثُونَ ، إذا كانوا فُقَراءَ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ[1] : لا خِلافَ بين العُلَماءِ عَلِمْتُ فى ذلك ، إذا كانوا ذَوِى حاجَةٍ ، وذلك لأنَّ اللهَ تعالى كَتَب الوَصِيَّةَ للوالِدَيْن والأقْرَبِين ، فخَرَجَ منه الوارِثُون بقولِ النبىِّ ﷺ : « لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . وبَقِىَ سائِرُ الأقارِبِ على الوَصِيَّةِ لهم ، وأقلُّ ذلك الاسْتِحْبابُ ، وقد قال اللهُ تعالى : ﴿ وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُ ﴾[2] . وقال تعالى : ﴿ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾[3] . فبَدَأ بهم . ولأنَّ الصدقةَ عليهم فى الحَياةِ أفْضَلُ ، فكذلك بعدَ المَوْتِ . فإن أوْصَى لغيرِهم وتَرَكهم ، صَحَّتْ وَصِيَّته فى قولِ أكْثَرِ أهلِ العلمِ ، منهم ؛ سالمٌ ،

الإنصاف

قوله : وتُكْرَهُ لغيرِه ، إنْ كان له وَرَثَةٌ . أىْ ، تُكْرَهُ الوَصِيَّةُ لغيرِ مَن ترَك خَيْرًا ، فتُكْرَهُ للفَقيرِ الوَصِيَّةُ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، لا يُوصِى بشىءٍ . قال فى « الوَجيزِ » : لا تُسَنُّ لمَن ترَك أقلَّ مِن ألْفِ دِرْهَمٍ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : تُكْرَهُ إذا كان ورَثَتُه مُحْتاجِين ، وإلَّا فلا . قال فى « التَّبْصِرَةِ » : رَواه ابنُ مَنْصُورٍ ، وقالَه فى « المُغْنِى » وغيرِه . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وتقدَّم إطْلاقُه فى « الغُنْيَةِ » اسْتِحْبابَ الوَصِيَّةِ بالثُّلُثِ . وتقدَّم ما اخْتارَه المُصَنِّفُ .

---

(١) انظر التمهيد لابن عبد البر ١٤/٣٠٠ .

(٢) سورة الإسراء ٢٦ .

(٣) سورة البقرة ١٧٧ .

المقنع فَأَمَّا مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ ، فَتَجُوزُ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ إِلَّا الثُّلُثُ .

الشرح الكبير وسُلَيْمانُ بنُ يَسارٍ ، وعَطاءٌ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ . وحُكِىَ عن طاوُسٍ ، والضَّحّاكِ ، وعبدِ المَلَكِ بن يَعْلَى ، أنَّهم قالُوا : يُنْزَعُ عنهم ويُرَدُّ إلى قَرابَتِه . وعن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، وجابرِ بن زيدٍ : للذى أَوْصَى له ثُلُثُ الثُّلُثِ ، والباقِى يُرَدُّ إلى قَرابَةِ المُوصِى ؛ لأَنَّه لو أَوْصَى بمالِه كلِّه ، لجاز منه الثُّلُثُ ، والباقِى يُرَدُّ على الوَرَثَةِ ، وأَقارِبُه الذين لا يَرِثُونَه فى اسْتِحْقاقِ الوَصِيَّةِ كالوَرَثَةِ فى اسْتِحْقاقِ المالِ كلِّه . ولَنا ، ما رَوَى عِمْرانُ بنُ حُصَيْنٍ ، أنَّ رجلًا أَعْتَقَ فى مَرَضِه سِتَّةَ أَعْبُدٍ ، لم يكنْ له مالٌ غيرُهم ، فبَلَغَ ذلك النبىَّ ﷺ ، فدَعاهم فجَزَّأَهم ثلاثةَ أَجْزاءٍ ثم أَقْرَعَ بينهم ، فأَعْتَقَ اثْنَيْن وأَرَقَّ أربعةً[1] . [١٧٣/٥ و] فأجاز العِتقَ فى ثُلُثِه لغيرِ أقاربِه . ولأنَّها عَطِيَّةٌ فجازت لغيرِ أقاربِه ، كالعَطِيَّةِ فى الحَياةِ .

٢٦٥٥ – مسألة : (فأمَّا مَن لا وارِثَ له ، فتَجُوزُ وَصِيَّته بجَمِيعِ مالِه . وعنه ، لا يَجُوزُ إلَّا الثُّلُثُ) اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ،

الإنصاف قوله : فأَمَّا مَن لا وارِثَ له ، فتجُوزُ وَصِيَّته بجميعِ مالِه . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم أبو بَكْرٍ ، والقاضى ، والشَّريفُ ، وأبو الخَطَّابِ ، والشِّيرازِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٤ .

الشرح الكبير

فى مَن لم يُخلِّفْ مِن وُرّاثِه عَصَبَةً ولا ذا فَرْضٍ ، فرُوِىَ عنه ، أنَّ وَصِيَّته جائِزَةٌ بكلِّ مالِه . ثَبَت ذلك عن ابنِ مسعودٍ . وبه قال عَبِيدَةُ السَّلْمانِىُّ ، ومَسْرُوقٌ ، وإسحاقُ ، وأهلُ العراقِ . والرِّوايَةُ الأُخْرَى ، لا يجوزُ إلَّا الثُّلُثُ . وبه قال مالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، والشافعىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ؛ لأنَّ له مَن يَعْقِلُ عنه ، فلم تَنْفُذْ وَصِيَّته فى أكْثَرَ مِن الثُّلُثِ ، كما لو تَرَك وارِثًا ، ولأنَّ المسلمين يَرِثُونَه ، وهو بَيْتُ المالِ . ولَنا ، أنَّ المَنْعَ مِن الزِّيادَةِ على الثُّلُثِ إنَّما كان لتعَلُّقِ حَقِّ الوَرَثَةِ به ، بدَليلِ قولِ النبىِّ ﷺ : « إنَّكَ أن تَدَعَ وَرَثَتَكَ أغْنِياءَ ، خَيْرٌ مِن أن تَدَعَهُم عَالَةً يتكَفَّفُونَ النّاسَ » . وهَهُنا لا وارِثَ[1] له يَتَعَلَّقُ حَقُّه بمالِه ، فأشْبَهَ حالَ الصِّحَّةِ ، ولأنَّه لم يَتَعَلَّقْ بمالِه حَقُّ وارِثٍ ولا غَريمٍ ، أشْبَهَ حالَ الصِّحَّةِ ، والثُّلُثَ .

الإنصاف

« الفُروعِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » [٢/٢٦٥و] وغيره . وعنه ، لا تجوزُ إلَّا بالثُّلُثِ . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . قال أبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » : هذه الرِّوايَةُ صَرِيحَةٌ فى منْعِ الرَّدِّ ، وتَوْرِيثِ ذَوِى الأرْحامِ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقيل : تجوزُ بمالِه كلِّه ، إذا كان وارِثُه ذا رَحِمٍ . قال الشّارِحُ : وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وأطْلَقَ فى « الفائقِ » ، فى ذَوِى الأرْحامِ ، وَجْهَيْن . قال فى « القاعِدَةِ التّاسِعَةِ والأرْبَعِين بعدَ المِائَةِ » : بَناهما بعضُ الأصحابِ على أنَّ الحقَّ لغيرِ مُعَيَّنٍ . وبَناهما القاضى على أنَّ بَيْتَ المالِ ؛ هل هو جِهَةٌ ومَصْلَحَةٌ ، أو وارِثٌ ؟ فإنْ قيلَ : هو جِهَةٌ ومَصْلَحَةٌ . جازَتِ الوَصِيَّةُ

---

(١) فى م : « وراث » .

الشرح الكبير

فصل : وإن خلَّفَ ذا فَرْضٍ لا يرِثُ جَمِيعَ المالِ ، كبنتٍ أو أُمٍّ ، لم تكنْ له الوَصِيَّةُ بأكْثَرَ مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّ سعدًا قال للنبيِّ ﷺ : لا يَرِثُنِي إلَّا ابنةٌ . فمَنَعَه النبيُّ ﷺ مِن الزِّيادَةِ على الثُّلُثِ ، ولأنَّها تَسْتَحِقُّ جَمِيعَ المالِ بالفَرْضِ والرَّدِّ ، فأشْبَهَ العَصَبَةَ . وإن كان للمَيِّتَةِ زوجٌ ، أو كان للرجلِ امرأةٌ ، فكذلك ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تَنْقُصُ حَقَّه ؛ لأنه إنَّما يَسْتَحِقُّ فَرْضَه بعدَ الوَصِيَّةِ ، لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾[1] . وقيل : تَبْطُلُ فى قَدْرِ فَرْضِه مِن الثُّلُثَيْن . فإذا كان للمَيِّتَةِ زوجٌ ، فله الثُّلُثُ ، وإن كان للمَيِّتِ امرأةٌ ، فلها السُّدْسُ ، وهو رُبْعُ الباقِى بعدَ الثُّلُثِ ، والباقِى للمُوصَى له . وهذا أوْلَى ، إن شاء اللهُ تعالى ؛ لأنَّ الثلثَ ليس للوارثِ فيه أمرٌ ، إنَّما إجازَتُه ورَدُّه فى الثُّلُثَيْن ، ولم يَنْقُصْ عليه منهما شئٌ . فأمّا ذَوو الأرْحامِ ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أنَّه لا يَمْنَعُ الوَصِيَّةَ بجَمِيعِ المالِ ؛ لأنَّه قال : ومَن أوْصَى بجَمِيعِ مالِه ولا عَصَبَةَ له ولا مَوْلَى ، فجائِزٌ . وذلك لأنَّ ذا الرَّحِمِ إرْثُه كالفَضْلَةِ والصِّلَةِ ، ولذلك لا يُصْرَفُ

الإنصاف

بجميعِ مالِه . وإنْ قيل : هو وارِثٌ . فلا تجوزُ إلَّا بالثُّلُثِ . وتابَعَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ويأْتِى الكلامُ فى ذلك مُسْتَوْفًى ، فى آخِرِ بابِ أُصُولِ المَسائلِ . فعلى المذهبِ ، لو ماتَ وتَرَك زَوْجًا أو زَوْجَةً ، لا غيرُ ، وأوْصَى بجميعِ مالِه ورُدَّ ، بَطَلَتْ فى قَدْرِ فَرْضِه مِنَ الثُّلُثَيْن ، فيأْخُذُ المُوصَى له الثُّلُثَ ، ثم يأْخُذُ أحدُ الزَّوْجَيْن فَرْضَه مِنَ الباقِى ؛ وهو الثُّلُثان ، فيأْخُذُ الرُّبْعَ ، إنْ كان زَوْجَةً ، والنِّصْفَ ، إنْ كان زَوْجًا ، ثم يأْخُذُ المُوصَى له الباقِى مِنَ الثُّلُثَيْن . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه

---

(١) سورة النساء ١١ .

الشرح الكبير

إليه شيءٌ إلَّا عندَ عَدَمِ الرَّدِّ والمَوْلَى ، ولا تَجبُ نَفَقَتُهم فى الصحيح . ويَحْتَمِلُ كلامُ شيخِنا فى الكِتابِ المَشْرُوحِ أنَّه لا تَنْفُذُ وَصِيَّتُه فيما زاد على الثُّلُثِ ؛ لأنَّ له وارِثًا ، فيَدْخُلُ فى مَعْنَى قَوْلِه عليه السلامُ : « إنَّكَ أن تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ [٥/١٧٣ ظ] أغنياءَ ، خَيْرٌ مِن أن تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُون النّاسَ » . ولأنَّهم وَرَثَةٌ يَسْتَحِقُّون مالَه بعدَ مَوْتِه ، فأشْبَهُوا ذوى الفُرُوضِ والعَصَباتِ ، وتَقْدِيمُ غيرِهم عليهم لا يَمْنَعُ مُساوَاتَهم لهم فى مسألتِنا ، كذوى الفُرُوضِ الذين يَحْجُبُ بعضُهم بعضًا .

فصل : فإن خَلَّف ذا فَرْضٍ لا يَرِثُ المالَ كُلَّه بفَرْضِه ، و[1] قال : أوْصَيْتُ لفلانٍ بثُلُثِى ، على أنَّه لا يَنْقُصُ ذا الفَرْضِ شيئًا مِن فَرْضِه . أو خَلَّفَ امرأةً ، وقال : أوْصَيْتُ لكَ بما فَضَل مِن المالِ عن فَرْضِها . صَحَّ فى المسألةِ الأُولَى ؛ لأنَّ ذا الفَرْضِ يَرِثُ المالَ كلَّه لولا الوَصِيَّةُ ، فلا فَرْقَ فى الوَصِيَّةِ بينَ أن يَجْعَلَها مِن رَأْسِ المالِ ، أو يَجْعَلَها مِن الزّائِدِ على

الإنصاف

الشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، و « الفُروعِ » . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : لا يأْخُذُ المُوصَى له مع أحَدِ الزَّوْجَيْن سِوَى الثُّلُثِ . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، وصاحِبِ « الوَجيزِ » ، وغيرِهما ؛ حيثُ قالوا : ولا يجوزُ لمَن له وارِثٌ الوَصِيَّةُ[2] بزيادةٍ على الثُّلُثِ .

---

(١) فى م : « أو » .

(٢) زيادة من : ا .

المقنع وَلَا تَجُوزُ لِمَنْ لَهُ وَارِثٌ بِزِيَادَةٍ عَلَى الثُّلُثِ لأَجْنَبِيٍّ ، وَلَا لِوَارِثِهِ بِشَيْءٍ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ .

الشرح الكبير الفَرْضِ . فأمّا المسألةُ الثانيةُ ، فتَنْبَنِى على الوَصِيَّةِ بجَمِيعِ المالِ ، فإن قُلْنا : تَصِحُّ ثَمَّ . صَحَّتْ ههُنا ؛ لأنَّ الباقِىَ عن فَرْضِ الزوجةِ مالٌ لا وارِثَ له ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ به ، كما لو لم تكنْ زوجةً . وإن قُلْنا : لا تَصِحُّ ثَمَّ . فههُنا مِثْلُه ؛ لأنَّ بَيْتَ المالِ جُعِل كالوارِثِ ، فصار كأنَّه ذو وَرَثَةٍ يَسْتَغْرِقُون المالَ إذا عَيَّنَ الوَصِيَّةَ مِن نَصِيبِ العَصَبَةِ منهم . فعلى هذا ، يُعْطَى المُوصَى له الثُّلُثَ مِن رَأْسِ المالِ ، ويَسْقُطُ تَخْصِيصُه .

٢٦٥٦ – مسألة : (ولا تجوزُ لمن له وارِثٌ بزِيادَةٍ على الثُّلُثِ لأجْنَبِىٍّ ، ولا لوارِثِه بشىءٍ إلَّا بإجازةِ الوَرَثَةِ) وجملةُ ذلك ، أنَّ الوَصِيَّةَ

الإنصاف **فائدتان** ؛ إحْداهما ، وكذا الحُكْمُ لو كان الوارِثُ واحِدًا مِن أهْلِ الفُروضِ ، وقُلْنا بعدَمِ الرَّدِّ . قالَه فى « الرِّعايةِ » وغيرِها . الثَّانيةُ ، لو أوْصَى أحدُ الزَّوْجَيْن للآخَرِ ، فله على الرِّوايَةِ الأُولَى المالُ كلُّه إرْثًا ووَصِيَّةً . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا تصِحُّ . وله على الرِّوايَةِ الثَّانيةِ الثُّلُثُ بالوَصِيَّةِ ، ثم فرْضُه مِنَ الباقى ، والبَقِيَّةُ لبَيْتِ المالِ .

قوله : ولا تَجُوزُ لمَن له وارِثٌ بزِيادَةٍ على الثُّلُثِ لأجْنَبِىٍّ ، ولا لوارِثِه بشىءٍ إلَّا بإجازَةِ الوَرَثَةِ . يَحْرُمُ عليه فِعْلُ ذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يُكْرَهُ له ذلك . قال فى « الفُروعِ » : وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : يُكْرَهُ .

الشرح الكبير

لغيرِ الوارِثِ تَلْزَمُ فى الثُّلُثِ مِن غيرِ إجازةٍ ، وما زاد على الثُّلُثِ يَقِفُ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ، فإن أجازُوه جاز ، وإن رَدُّوه بَطَل ، فى قولِ أكْثَرِ العُلَماءِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ لسعدٍ حينَ قال : أُوصِى بمالِى كُلِّه ؟ قال : « لَا » . الحديثُ ، إلى أن قال : فبالثُّلُثِ ؟ (١قال : « الثُّلُثُ(١) ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ »(٢) . وقَوْلُه عليه السلامُ : « إنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أمْوالِكُمْ عِنْدَ مَمَاتِكُمْ »(٣) . يَدُلُّ على أنَّه لا شىءَ له فى الزّائِدِ عليه . وحديثُ عِمْرانَ بنِ حُصَيْنٍ فى المَمْلُوكِينَ السِّتَّةِ الذين أعْتَقَهم المَرِيضُ ولم يكنْ له مالٌ سِواهُم ، فجزَّأهم النبىُّ ﷺ ثلاثةَ أجْزاءٍ ، فأعْتَقَ اثْنَيْن وأرَقَّ(٤) أربعةً ، وقال له قولًا شَدِيدًا . يَدُلُّ على أنَّه لا يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيما زاد على الثُّلُثِ إذا لم يُجِزِ الوَرَثَةُ ، ويجوزُ بإجازَتِهم ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم . وقد قِيلَ : إنَّ الوَصِيَّةَ بما زاد على الثُّلُثِ باطِلَةٌ . كما يُذْكَرُ فيما إذا أوْصَى للوارِثِ .

الإنصاف

قلتُ : وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، فى الثَّانيةِ . وقدَّمه فى الأُولَى . وعنه ، يُكْرَهُ فى صِحَّتِه مِن كلِّ مالِه . نَقَلَه حَنْبَلٌ . قلت : الأَوْلَى الكَراهَةُ . ولو قيلَ بالإباحَةِ ، لكان له وَجْهٌ .

قوله : إلَّا بإجازَةِ الوَرَثَةِ . يَعْنِى ، أنَّها تَصِحُّ بإجازَةِ الوَرَثَةِ ، فتكونُ مَوْقوفَةً

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه فى ١١/٣٤٣ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٣ .

(٤) فى م : « أرث » .

الشرح الكبير

وحُكْمُ الوَصِيَّةِ للوارِثِ كالحُكْمِ فى الوَصِيَّةِ لغَيرِه بالزِّيادَةِ على الثُّلُثِ ، فى أنَّها تَبْطُلُ بالرَّدِّ ، بغيرِ خِلافٍ بينَ العُلَماءِ . قال ابنُ المُنْذِرِ ، وابنُ عبدِ البَرِّ : أجْمَعَ أهلُ العلمِ على هذا ، وجاءتِ الأخْبارُ عن رسولِ اللهِ ﷺ بذلك ، فرَوَى أبو أُمامَةَ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « إنَّ اللهَ قَدْ أعْطَى كُلَّ ذِى حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . [٥/١٧٤ و] رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه ، والتِّرْمِذِىُّ[1] . ولأنَّ النبىَّ ﷺ مَنَع مِن تَفْضِيلِ بعضِ وَلَدِه على بعضٍ فى حالِ الصِّحَّةِ[2] ، مع إمْكانِ تَلافى العَدْلِ بينَهم بإعْطاءِ الذى لم يُعْطِه فيما بعدَ ذلك ؛ لِما فيه مِن إيقاعِ العَداوَةِ والحَسَدِ بينَهم ، ففى حالِ مَوْتِه وتَعَلُّقِ الحُقُوقِ به وتَعَذُّرِ تَلافِى العَدْلِ بينَهم ، أوْلَى وأحْرَى . فإن أجازَها باقى الوَرَثَةِ ، جازَتْ ، فى قولِ الجُمْهُورِ مِن أهلِ العلمِ . وقال بعضُ أصحابِنا : الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ وإن أجازَها الوَرَثَةُ ، إلَّا أن يُعْطُوه عَطِيَّةً مُبْتَدَأةً . أخْذًا مِن ظاهِرِ قولِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ : لا وَصِيَّةَ لوارِثٍ . وهذا قولُ المُزَنِىِّ ، وأهلِ الظَّاهِرِ ، وقولٌ للشافعىِّ . واحْتَجُّوا بظاهِرِ قولِ النبىِّ ﷺ : « لَا وَصِيَّةَ لِوارِثٍ » .

الإنصاف

عليها . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . صحَّحه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهما . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو المَشْهورُ المَنْصُورُ فى المذهبِ ؛ حتى أنَّ القاضِىَ فى « التَّعْليقِ » ، وأبا الخَطَّابِ فى

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٩٢ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٠ .

الشرح الكبير

وظاهِرُ مَذْهَبِ أحمدَ ، والشافعيِّ ، أنَّ الوَصِيَّةَ صحيحةٌ فى نَفْسِها ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ صَدَر مِن أهلِه فى مَحَلِّه ، فصَحَّ ، كما لو وَصَّى لأجْنَبِىٍّ ، والخَبَرُ قد رُوِىَ فيه : « إلَّا أن يُجيزَ الورَثَةُ »[1] . والاسْتِثْناءُ مِن النَّفْىِ إثْباتٌ ، فيكونُ ذلك دَلِيلًا على صِحَّةِ الوَصِيَّةِ عندَ الإِجازَةِ ، ولو خلا مِن الاسْتِثْناءِ ، جازَ أن يكونَ معناه : لا وصيةَ نافِذَةٌ أو لازمةٌ ، أو ما أشْبَهَ هذا ، أو يُقَدَّرُ فيه : لا وَصِيَّةَ لوارِثٍ عندَ عَدَمِ الإجازَةِ مِن غيرِه مِن الوَرَثَةِ . وفائِدَةُ الخِلافِ أنَّ الوَصِيَّةَ إذا كانت صحيحةً ، فإجازَةُ الوَرَثَةِ تنْفِيذٌ وإجازَةٌ مَحْضَةٌ يَكْفِى فيها قولُ الوارِثِ : أجَزْتُ . وإن كانت باطِلَةً كانتِ الإجازَةُ هِبَةً مُبْتَدَأةً . وسَنَذْكُرُ ذلك إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : وإن أسْقَطَ عن وارِثِه دَيْنًا ، أو وَصَّى بقَضاءِ دَيْنِه ، أو أسْقَطَتِ المرأةُ صَداقَها عن زوجِها ، أو عَفا عن جِنايَةٍ مُوجَبُها المالُ ، فهو كالوَصِيَّةِ

الإنصاف

« خِلافِه » ، والمَجْدَ ، وجماعَةً ، لم يحْكُوا فيه خِلافًا . وعنه ، الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ، وإنْ أجازَها الوَرَثَةُ ، إلَّا أنْ يُعْطُوه عَطِيَّةً مُبْتَدَأةً . واخْتارَه بعضُ الأصحابِ . وهو وَجْهٌ فى « الفائقِ » فى الأَجْنَبِىِّ ، ورِوايَةٌ فى الوارِثِ .

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن كلامِ المُصَنِّفِ ، إذا أَوْصَى بثُلُثِه يكونُ وَقْفًا على بعضِ وَرَثَتِه ، فإنَّه يصِحُّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، على ما تقدَّم فى الهِبَةِ . وفيه قولٌ اخْتارَه المُصَنِّفُ بعدَمِ الصِّحَّةِ . فيكونُ ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ مُوافِقًا لما اخْتارَه .

---

(1) أخرج هذه الزيادة الدارقطنى ، فى : كتاب الفرائض ، وفى : كتاب الوصايا . سنن الدارقطنى ٤/٩٨ ، ١٥٢ . والبيهقى ، فى : باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين الوارثين ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٦٤ . وانظر تلخيص الحبير ٣/٩٢ . وإرواء الغليل ٦/٩٦ – ٩٨ .

المقنع إِلَّا أَنْ يُوصِيَ لِكُلِّ وَارِثٍ بِمُعَيَّنٍ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير له . وإن عَفا عن القِصاصِ ، وقُلْنا : الواجبُ القِصاصُ عَيْنًا . سَقَط إلى غيرِ بَدَلٍ . وإن قُلْنا : الواجِبُ أحَدُ شَيْئَيْن . سَقَط القِصاصُ ، ووَجَب المالُ . وإن عَفا عن حَدِّ القَذْفِ ، سَقَط مُطْلَقًا . وإن وَصَّى لغَرِيمِ وارِثِه ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ . وكذلك إن وَهَب له . وبهذا قال الشافعيُّ ، وأبو حنيفةَ . وقال أبو يُوسُفَ : هى وصِيَّةٌ للوارِثِ ؛ لأنَّ الوارِثَ يَنْتَفِعُ بهذه الوَصِيَّةِ ويَسْتَوْفِى دَيْنَه منها . ولَنا ، أنَّه وَصَّى لأجْنَبِىٍّ ، فصَحَّ ، كما لو وَصَّى لمَن عادَتُه الإِحْسانُ إلى وارِثِه . وإن وَصَّى لولدِ وارِثِه ، صَحَّ ، فإن كان يَقْصِدُ بذلك نَفْعَ الوارِثِ ، لم يَجُزْ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى . قال طَاوُسٌ فى قَوْلِه تعالى : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾[1] . قال : أن يُوصِىَ لولدِ ابْنَتِه ، وهو يُرِيدُ ابنتَه . رَواه سعيدٌ[2] . وقال ابنُ عباسٍ : الجَنَفُ فى الوَصِيَّةِ والإِضْرارُ فيها مِن الكَبائِرِ[3] .

٢٦٥٧ – مسألة : فإن وَصَّى (لكلِّ وارِثٍ بمُعَيَّنٍ بقَدْرِ) نَصِيبِه ؛

الإنصاف قوله : إِلَّا أَنْ يُوصِيَ لِكُلِّ وارِثٍ بِمُعَيَّنٍ بقَدْرِ مِيراثِه ، فهل يصِحُّ ؟ على

---

(١) سورة البقرة ١٨٢ .

(٢) تفسير سعيد بن منصور ٢/٦٧٣ . كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال بنسخ الوصية للأقربين الذين لا يرثونه ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٦٥ ، ٢٦٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب الوصايا . سنن الدارقطنى ٤/١٥٢ .

(٣) أخرجه سعيد فى تفسيره ٢/٦٧٤ . كما أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى قوله عز وجل : ﴿ وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا ... ﴾ ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٧١ . وضعف رفعه .

المقنع

وَإِنْ لَمْ يَفِ الثُّلُثُ بِالْوَصَايَا ، تَحَاصُّوا فِيهِ ، وَأُدْخِلَ النَّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ وَصِيَّتِهِ . وَعَنْهُ ، يُقَدَّمُ الْعِتْقُ .

الشرح الكبير

كرجلٍ خَلّف ابنًا وبنتًا ، [٥/١٧٤ ظ] وعَبْدًا قِيمَتُه مائةٌ ، وأمَةً قِيمَتُها خَمْسُون ، فوَصَّى للابنِ بالعبدِ ، وللبنتِ بالأمَةِ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ حَقَّ الوارثِ فى القَدْرِ لا فى العَيْنِ ، بدَلِيلِ ما لو عاوَضَ المَرِيضُ بعضَ وَرَثَتِه أو أجْنَبِيًّا بجَمِيعِ مالِه ، فإنَّه يَصِحُّ إذا كان بثَمَنِ المِثْلِ وإن تَضَمَّنَ فَواتَ عَيْنِ المالِ . والثانى ، يَقِفُ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ؛ لأنَّ فى الأعْيانِ غَرَضًا صَحيحًا ، فكما لا يجوزُ إبْطالُ حَقِّ الوارثِ مِن قَدْرِ حَقِّه ، لا يجوزُ مِن عَيْنِه .

٢٦٥٨ – مسألة : (وإن لم يَفِ الثُّلُثُ بالوصايا ، تحاصُّوا فيه ، وأُدْخِلَ النَّقْصُ على كلِّ واحِدٍ بقَدْرِ وَصِيَّتِه . وعنه ، يُقَدَّمُ العِتْقُ) إذا خَلَتِ

الإنصاف

وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، تَصِحُّ . وهو الصَّحيحُ . قال فى « الفُروعِ » : وتَصِحُّ مُعاوَضَةُ مريضٍ بثَمَنِ مِثْلِه ، وعنه ، مع وارِثٍ بإجازَةٍ ، اخْتارَه فى « الانْتِصارِ » ؛ لفَواتِ حَقِّه مِنَ المُعَيَّنِ . ثم قال : ومِثْلُها وَصِيَّةٌ لكُلِّ وارِثٍ بمُعَيَّنٍ بقَدْرِ حَقِّه . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الحارِثِىِّ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا تصِحُّ إلَّا بإجازَةِ الوَرَثَةِ . صحَّحه فى « المُذْهَبِ » ، و « النَّظْمِ » .

قوله : وإنْ لم يَفِ الثُّلُثُ بالوَصَايا ، تحاصُّوا فيه ، وأُدْخِلَ النَّقْصُ على كُلِّ

الشرح الكبير

الوصايا مِن العِتْقِ ، وتَجاوَزَتِ الثُّلُثَ ، فرَدَّ الوَرَثَةُ الزِّيادَةَ ، فإنَّ الثُّلُثَ يُقْسَمُ بينَ المُوصَى لهم على قَدْرِ وَصاياهم ، ويَدْخُلُ النَّقْصُ على كلٍّ واحِدٍ منهم بقَدْرِ ما لَه فى الوَصِيَّةِ ، كمَسائِلِ العَوْلِ إذا زادَتِ الفُرُوضُ عن المالِ . فلو وَصَّى لرجلٍ بثُلُثِ مالِه ، ولآخَرَ بمائةٍ ، ولآخَرَ بمُعَيَّنٍ قِيمَتُه خَمْسُون ، ووصَّى بفِداءِ أسِيرٍ بثَلاثين ، ولعِمارَةِ مسجدٍ بعِشْرِين ، وثُلُثُ مالِه مائةٌ ، جَمعْتَ الوصايا كلَّها فبَلَغَتْ ثلاثَمائةٍ ، ونَسَبْتَ منها الثُّلُثَ فكان ثُلُثَها ، فتُعْطِى كلَّ واحِدٍ منهم ثُلُثَ وَصِيَّتِه ، فلصاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ المائةِ ، وكذلك صاحِبُ المائةِ ، ولصاحِبِ الخَمْسِين سُدْسُها ، ولفِداءِ الأسِيرِ عَشَرَةٌ ، ولعِمارَةِ المَسْجِدِ سِتَّةٌ وثُلُثان . وإن كان فيها عِتْقٌ ، ففيها رِوايَتان ؛ إحْداهما ، أنَّ الثُّلُثَ يُقْسَمُ بينَ الوصايا والعِتْقِ ، كما لو لم يكنْ فيها عِتْقٌ . وهذا قولُ ابنِ سِيرِينَ ، والشَّعْبِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّهم تَساوَوْا فى سَبَبِ الاسْتِحْقاقِ ، فتَساوَوْا فيه ، كسائِرِ الوصايا . والرِّوايَةُ الثانيةُ ، يُقَدَّمُ العِتْقُ ، وما فَضَلَ منه يُقْسَمُ بينَ سائِرِ الوصايا[1] على قَدْرِ وَصاياهم .

الإنصاف

واحِدٍ بقَدْرِ وَصِيَّتِه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يُقَدَّمُ العِتْقُ . ولوِ اسْتَوْعَبَ الثُّلُثَ ، فعليهما[2] ؛ هل يُبْدَأُ بالكِتابَةِ ، لأنَّه المَقْصودُ بها ، أوْ لا ؛ لأنَّ العِتْقَ تغْلِيبًا ليس للكِتابَةِ ؟ فيه وَجْهان . ذكَرَهما القاضى ، والمُصَنِّفُ ، والحارِثِىُّ ، وغيرُهم . [٢٦٥/٢ظ]

---

(١) فى المغنى ٥٧٧/٨ : « أهل الوصايا » .

(٢) فى ط : « فعليها » .

وَإِنْ أَجَازَ الْوَرَثَةُ الْوَصِيَّةَ ، جَازَتْ .

رُوِىَ ذلك عن عُمَرَ . وبه قال شُرَيْحٌ ، ومَسْرُوقٌ ، وعَطاءٌ الخُراسانِيُّ ، وقَتادةُ ، والزُّهْرِىُّ ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ؛ لأنَّ فيه حَقًّا للهِ تعالى وللآدَمِىِّ ، فكان آكَدَ ، ولأنَّه لا يَلْحَقُه فَسْخٌ ويَلْحَقُ غيرَه ، ولأنَّه أقْوَى ، بدَلِيلِ سِرايَتِه ونُفُوذِه مِن الرّاهِنِ والمُفْلِسِ . ورُوِىَ عن الحسنِ ، والشافعىِّ ، كالرِّوايَتَيْن .

فصل : والعَطايا المُعَلَّقَةُ بالمَوْتِ ، كقَوْلِه : إذا مِتُّ فأعْطُوا فُلانًا كذا - أو - أعْتِقُوا فلانًا . ونحوه ، وَصايا حُكْمُها حُكْمُ غيرِها مِن الوصايا فى [1] التَّسْوِيَةِ بينَ [1] مُقَدَّمِها ومُؤَخَّرِها ، والخِلافِ فى تَقْدِيمِ العِتْقِ منها ؛ لأنَّها تَلْزَمُ بالمَوْتِ ، فتَتساوَى كلُّها .

فصل : إذا وَصَّى بعِتْقِ عَبْدِه ، لَزِم الوارِثَ إعْتاقُه ، ويُجْبِرُه الحاكِمُ عليه إن أَبَى ؛ لأنَّه حَقٌّ واجِبٌ عليه ، فأُجْبِرَ عليه ، كتَنْفِيذِ [٥/١٧٥ و] الوَصِيَّةِ بالعَطِيَّةِ . وإن أعْتَقَه الوارِثُ أو الحاكِمُ ، فهو حُرٌّ مِن حينَ أعْتَقَه ؛ لأنَّه حِينَئِذٍ عَتَقَ ، ووَلَاؤُه للمُوصِى ؛ لأنَّه السَّبَبُ ، وهؤلاء نُوّابٌ عنه ، ولهذا لَزِمَهم إعْتاقُه . فإن كانتِ الوَصِيَّةُ بعِتْقِه إلى غيرِ الوارِثِ ، كان الإِعْتاقُ إليه ؛ لأنَّه نائِبُ المُوصِى فى إعْتاقِه ، فلم يَمْلِكْ ذلك غيرُه إذا لم يَمْتَنِعْ ، كالوَكِيلِ فى الحَياةِ .

٢٦٥٩ - مسألة : (وإن أجازَ الوَرَثَةُ الوَصِيَّةَ ، جازت) لأنَّ الحَقَّ لهم . وإن رَدُّوها ، بَطَلَتْ ، بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، فجاز بإجازَتِهم

....

(١ - ١) سقط من : م .

المقنع

وَإِجَازَتُهُمْ تَنْفِيذٌ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَلَا تَفْتَقِرُ إِلَى شُرُوطِ الْهِبَةِ، وَلَا تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا فِيهَا. فَلَوْ كَانَ الْمُجِيزُ أَبًا لِلْمُجَازِ لَهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ، وَلَوْ كَانَ الْمُجَازُ عِتْقًا كَانَ الْوَلَاءُ لِلْمُوصِي يَخْتَصُّ بِهِ عَصَبَتُهُ، وَلَوْ كَانَ وَقْفًا عَلَى الْمُجِيزِينَ، صَحَّ. وَعَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْإِجَازَةَ هِبَةٌ، فَتَنْعَكِسُ هَذِهِ الْأَحْكَامُ.

الشرح الكبير

وبَطَل بردِّهم (وإجازتُهم تَنفِيذٌ فى الصحيح مِن المَذْهَبِ) لأنَّ ظاهِرَ المَذْهَبِ، أنَّ الوَصِيَّةَ للوارِثِ وللأجْنَبىِّ بالزِّيادَةِ على الثُّلُثِ صَحيحةٌ مَوْقُوفةٌ على إجازَةِ الوَرَثَةِ. فعلى هذا، تكونُ إجازَتُهُم تَنفِيذًا وإجازَةً مَحْضَةً، يَكْفِى فيها قولُ الوارِثِ: أجَزْتُ - أو - أمْضَيْتُ - أو - نَفَّذْتُ. فإذا قال ذلك لَزِمَتِ الوَصِيَّةُ، ولا خِلافَ فى تَسْمِيَتِها إجازَةً، فعلى هذا (لا تَفْتَقِرُ إلى شُرُوطِ الهِبَةِ، ولا تَثْبُتُ فيها أحْكامُ الهِبَةِ) لأنَّها ليست هِبَةً. وقال بعضُ أصْحابِنا: الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ. فعلى هذا، تكونُ هِبَةً تَفْتَقِرُ إلى شُرُوطِ الهِبَةِ، وتَثْبُتُ فيها أحْكامُها (فلو كان المُجِيزُ أبًا للمُجازِ له، لم يكنْ له الرُّجُوعُ فيه) إذا قُلْنا: إنَّها إجازَةٌ مُجَرَّدَةٌ. وإن قُلْنا: هى هِبَةٌ مُبْتَدَأةٌ. فله الرُّجُوعُ. ولو أعْتَقَ عَبْدًا لا مالَ له سِواه فى مَرَضِه، أو وَصَّى بعِتْقِه فأعْتَقُوه بوَصِيَّتِه، نَفَذ العِتْقُ فى ثُلُثِه، ووَقَف عِتْقُ باقِيه على إجازَةِ الوَرَثَةِ، فإن أجازُوه عَتَقَ جَميعُه، واخْتَصَّ عَصَباتُ المَيِّتِ بوَلائِه

الإنصاف

قوله: وإجازَتُهم تَنفِيذٌ فِى الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ. وهو كما قال. قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ »: أشْهَرُ الرِّوايتَيْن، أنَّها تَنفِيذٌ. قال الزَّرْكَشِىُّ: هذا المَشْهورُ

الشرح الكبير

كلِّه ، على قولِنا بصِحَّةِ إعْتاقِه ووَصِيَّتِه . وكذلك لو تبرَّعَ بثُلُثِ مالِه فى مَرَضِه ، ثم أعْتَقَ أو وَصَّى بالإِعْتاقِ ، فالحُكْمُ فيه على ما ذكَرْنا . وإن قُلْنا : الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ والإِجازةُ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأةٌ . اخْتَصَّ عَصَباتُ المَيِّتِ بثُلُثِ وَلائِه ، وكان ثُلُثاه لجميعِ الوَرَثَةِ بينَهم على قَدْرِ مِيراثِهم ؛ لأنَّهم باشَرُوه بالإِعْتاقِ . ولو تزَوَّجَ رجلٌ ابنةَ عَمِّه ، فأوْصَتْ له بوَصِيَّةٍ أو أعْطَتْه فى مَرَضِ مَوْتِها ، ثم ماتَت وخَلَّفَتْه وأباه ، فأجازَ أبوه وَصِيَّتَه وعَطِيَّتَه ، ثم أرادَ الرُّجُوعَ ، فليس له ذلك إن قُلْنا : هى تَنْفِيذٌ . وله الرُّجُوعُ إن قلنا : هى هِبَةٌ مُبْتَدأةٌ . ولو وَقَف فى مَرَضِه على وَرَثَتِه ، فأجازُوا الوَقْفَ ، صَحَّ إن قُلْنا : إجازَتُهم تَنْفِيذٌ . وإن قُلْنا : هى عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأةٌ . انْبَنَى على صِحَّةِ وَقْفِ الإِنْسانِ على نَفْسِه ، على ما ذُكِر مِن الخِلافِ فيه[1] .

الإنصاف

المَنْصورُ فى المَذهبِ . وجزَم به جماعَةٌ . انتهى . قال فى « الفائقِ » وغيرِه : والإِجازَةُ تنفيذٌ ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال الشَّارِحُ : لأنَّ ظاهِرَ المذهبِ ، أنَّ الوَصِيَّةَ للوارِثِ والأَجْنَبِيِّ بالزِّيادةِ على الثُّلُثِ صَحيحةٌ مَوْقوفَةٌ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ، فعلى هذا تكونُ إجازَتُهم تنْفِيذًا ، وإجازَةً محْضَةً ، يكْفِى فيها قَوْلُ الوارِثِ : أَجَزْتُ . أو أمْضَيْتُ . أو نفَّذْتُ . انتهى . وعنه ما يدُلُّ على أنَّ الإِجازةَ هِبَةٌ مُبْتدَأَةٌ . قال فى « الفُروعِ » : وخصَّها فى « الانْتِصارِ » بالوارِثِ . قال الشَّارِحُ : وقال بعضُ أصحابِنا : الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ . فعلى هذا ، تكونُ هِبَةً . انتهى . وأطْلَقَهما أبو الفَرَجِ .

---

(1) انظر ما تقدم فى ١٦/٣٨٦ .

الشرح الكبير

فصل : ولا فَرْقَ فى الوَصِيَّةِ بينَ المَرَضِ والصِّحَّةِ . وقد رَوى حَنْبَلٌ عن أحمدَ ، أنَّه قال : إن وَصَّى فى المَرَضِ فهو مِن الثُّلُثِ ، وإن كان صحيحًا فله أن يُوصِىَ بما شاء . قال القاضى : يُريدُ بذلك [٥/١٧٥ ظ] العَطِيَّةَ . أمّا الوَصيَّةُ فهى عَطِيَّةٌ بعدَ المَوْتِ ، فلا يجوزُ منها إلَّا الثُّلُثُ على كلِّ حالٍ .

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، قيلَ : هذا الخِلافُ مَبْنِىٌّ على أنَّ الوَصِيَّةَ بالزَّائدِ على الثُّلُثِ ؛ هل هى باطِلَةٌ ، أو مَوْقوفةٌ على الإجازَةِ ، كما تقدَّم ؟ وتقدَّم كلامُ الشَّارِحِ قريبًا عن بعضِ الأصحابِ . وقيل : بل هو مَبْنِىٌّ على القَوْلِ بالوَقْفِ . أمَّا على البُطْلانِ ، فلا وَجْهَ للتَّنْفيذِ . قال فى « القَواعِدِ » : وهذا أشْبَهُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . الثَّانى ، لهذا الخِلافِ فوائدُ كثيرةٌ ، ذكَرَها ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ . فمنها ، على المذهبِ ، لا تفْتَقِرُ إلى شُروطِ الهِبَةِ ؛ مِنَ الإيجابِ والقَبُولِ ، والقَبْضِ ، ونحوِه ، بل تصِحُّ بقَوْلِه : أجَزْتُ . وأنْفَذْتُ . وأمْضَيْتُ . ونحوِ ذلك . وعلى الثَّانيةِ ، تفْتَقِرُ إلى الإيجابِ ، والقَبُولِ . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه . وكلامُ القاضى يقْتَضِى أنَّ فى صِحَّتِها بلَفْظِ الإجازَةِ وَجْهَيْن . قال المَجْدُ : والصِّحَّةُ ظاهِرُ المذهبِ . ومنها ، لا تثْبُتُ أحْكامُ الهِبَةِ ، على المذهبِ ، فلو كان المُجيزُ أبًا للمُجازِ له ، لم يكُنْ له الرُّجوعُ فيه . وعلى الثَّانيةِ ، له الرُّجوعُ . ومنها ، هل يُعْتَبَرُ أنْ يكونَ المُجازُ معْلومًا للمُجيزِ ؟ ففى « الخِلافِ » للقاضى ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم ، هو مَبْنِىٌّ على الخِلافِ . وطريقَةُ المُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » ، أنَّ الإجازَةَ لا تصِحُّ بالمَجْهولِ ، ولكِنْ هل يُصَدَّقُ فى دَعْوَى الجَهالَةِ ؟ على وَجْهَيْن . ومِنَ الأصحابِ مَن قال : إنْ قُلْنا : الإجازَةُ تنْفيذٌ . صحَّتْ بالمَجْهولِ ، ولا رُجوعَ ، وإنْ قُلْنا : هى هِبَةٌ . فوَجْهان . ومنها ، لو كان المُجازُ عِتْقًا ، كان الوَلاءُ للمُوصِى ، تختَصُّ به عصَبَتُه ، على المذهبِ ،

وعلى الثَّانيةِ ، الوَلاءُ لمَن أجازَ ، ولو كان أُنْثَى .

فائدة : لو كسَب المُوصَى بعِتْقِه بعدَ المَوْتِ وقبلَ الإعْتاقِ ، فهو له . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والثَّمانِين » . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[1] ، فى آخِرِ بابِ العِتْقِ : كَسْبُه للوَرَثَةِ ، كأُمِّ الوَلَدِ . انتهى . ولو كان المُوصَى بعِتْقِه أمَةً ، فوَلَدَتْ قبلَ العِتْقِ ، وبعدَ المَوْتِ ، تَبِعَها الوَلَدُ ، كأُمِّ الوَلَدِ . قدَّمه فى « القَواعِدِ » ، وقال : هذا هو الظَّاهِرُ . وقال القاضى فى « تَعْليقِه » : لا تَعْتِقُ . ومنها ، لو كان وَقْفًا على المُجِيزِين ؛ فإنْ قُلْنا : الإجازَةُ تَنْفِيذٌ . صحَّ الوَقْفُ ولَزِمَ ، وإنْ قُلْنا : هِبَةٌ . فهو كوَقْفِ الإنْسانِ على نفْسِه . ومنها ، لو حلَف لا يهَبُ ، فأجازَ ، لم يحْنَثْ . على المذهبِ . وعلى الثَّانيةِ ، يحْنَثُ . ومنها ، لو قَبِلَ الوَصِيَّةَ المُفْتَقِرَةَ إلى الإجازَةِ قبلَ الإجازَةِ ، ثم أُجِيزَتْ ؛ فإنْ قُلْنا : الإجازَةُ تَنْفِيذٌ . فالمِلْكُ ثابِتٌ له مِن حينِ قَبُولِه ، وإنْ قُلْنا : هى هِبَةٌ . لم يثْبُتِ المِلْكُ إلَّا بعدَ الإجازَةِ . ذكَرَه القاضى فى « خِلافِه » . ومنها ، أنَّ ما جاوَزَ الثُّلُثَ مِنَ الوَصايا إذا أُجِيزَ ؛ هل يُزاحِمُ بالزَّائدِ الذى لم يُجاوِزْه ، أوْ لا ؟ مَبْنِيٌّ على الخِلافِ . ذكَرَه فى « المُحَرَّرِ » ، ومَن تابعَه . قال فى « القَواعِدِ » : واسْتَشْكَلَ تَوْجِيهُه على الأصحابِ ، وهو واضِحٌ ، فإنَّه إذا كانتْ مَعنا وَصِيَّتان ؛ إحْداهما ، مُجاوِزَةٌ للثُّلُثِ ، والأُخْرَى ، لا تُجاوِزُه ؛ كنِصْفٍ وثُلُثٍ ؛ وأجازَ الوَرَثَةُ الوَصِيَّةَ المُجاوِزَةَ للثُّلُثِ خاصَّةً ؛ فإنْ قُلْنا : الإجازَةُ تَنْفِيذٌ . زاحَمَ صاحِبُ النِّصْفِ صاحِبَ الثُّلُثِ بنِصْفٍ كامِلٍ ، فيُقْسَمُ الثُّلُثُ بينَهما على خَمْسَةٍ ؛ لصاحِبِ النِّصْفِ ثلاثَةُ أخْماسِه ، وللآخَرِ خُمْساه ، ثم يُكَمَّلُ لصاحِبِ النِّصْفِ نِصْفَه

(1) المغنى ١٤/٣٩٦ .

الإنصاف بالإجازَةِ . وإنْ قُلْنا : الإجازَةُ ابْتِداءُ عَطِيَّةٍ . فإنَّما يُزاحِمُ بثُلُثٍ خاصٍّ ؛ إذِ الزِّيادَةُ عليه عَطِيَّةٌ مَحْضَةٌ مِنَ الوَرَثَةِ ، لم تَتَلَقَّ مِنَ المَيِّتِ . فلا يُزاحِمُ بها الوَصايا ، فيُقْسَمُ الثُّلُثُ بينَهما نِصْفَيْن ، ثم يُكْمَلُ لصاحِبِ النِّصْفِ ثُلُثٌ[1] بالإجازَةِ ، [2]أى يُعْطَى ثُلُثًا زائدًا على السُّدْسِ الذى أخَذَه مِنَ الوَصِيَّةِ[2] . وهذا مَبْنِيٌّ على القَوْلِ بأنَّ الإجازَةَ عَطِيَّةٌ أو تَنْفِيذٌ . فيُفَرَّعُ ، على هذا ، القَوْلُ بإبْطالِ الوَصِيَّةِ بالزَّائدِ على الثُّلُثِ وصِحَّتِها ، كما سَبَق . انتهى . وقد تكَلَّم القاضى مُحِبُّ الدِّينِ ابنُ نَصْرِ اللهِ البَغْدادِيُّ على هذه المَسْألَةِ فى كُرَّاسَةٍ [٢/٢٦٦و] بما لا طائلَ تحتَه . وما قالَه ابنُ رَجَبٍ صحيحٌ واضِحٌ . وقال الزَّرْكَشِيُّ ، وقد يُقال : إنَّ عَدَمَ المُزاحَمَةِ ، إنَّما هو فى الثُّلُثَيْن ؛ لأنَّ الهِبَةَ تَخْتَصُّ بهما ، والمُجِيزُ يُشْرِكُ بينَهما فيهما ، أمَّا الثُّلُثُ ، فيُقْسَمُ بينَهما على قَدْرِ أنْصِبائِهما . انتهى . قلتُ : الذى يظْهَرُ ، أنَّ هذا هو الصَّوابُ . ومنها ، لو أجازَ المريضُ فى مَرَضِ مَوْتِه وَصِيَّةَ مَوْرُوثِه ؛ فإنْ قُلْنا : إجازَتُه عَطِيَّةٌ . فهى مُعْتَبَرَةٌ مِن ثُلُثِه . وإنْ قُلْنا : هى تنْفِيذٌ . فللأصحابِ طريقان ؛ أحدُهما ، القَطْعُ بأنَّها مِنَ الثُّلُثِ أيضًا . قالَه القاضى فى « خِلافِه » ، والمَجْدُ . والطَّريقُ الثَّانى ، المَسْألَةُ على وَجْهَيْن . وهى طريقةُ أبى الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » ، وهما مُنَزَّلان على أصْلِ الخِلافِ فى حُكْمِ الإجازَةِ . قال فى « القواعِدِ » : وقد يُنَزَّلان على أنَّ المِلْكَ ؛ هل ينْتَقِلُ إلى الوَرَثَةِ فى المُوصَى به ، أم تمْنَعُ الوَصِيَّةُ الانْتِقالَ ؟ وفيه وَجْهان ؛ فإنْ قُلْنا : تنْتَقِلُ إليهم . فالإجازَةُ مِنَ الثُّلُثِ ، وإلَّا فهى مِن رأسِ مالِه . ومنها ، إجازَةُ المُفْلِسِ . قال فى « المُغْنِى »[3] : هى نافِذَةٌ . وهو

---

(١) فى الأصل : « ثلثه » .

(٢ - ٢) زيادة من : ا .

(٣) المغنى ٨/٤٠٧ .

المقنع

وَمَنْ أُوصِىَ لَهُ وَهُوَ فِى الظَّاهِرِ وَارِثٌ ، فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ ، [١٦١ظ] صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ . وَإِنْ أُوصِىَ لَهُ وَهُوَ غَيْرُ وَارِثٍ ، فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ وَارِثًا ، بَطَلَتْ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ .

الشرح الكبير

٢٦٦٠ – مسألة : (ومَن أُوصِىَ له وهو فى الظّاهِرِ وارِثٌ ، فصار عندَ المَوْتِ غيرَ وارِثٍ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ . وإن أُوصِىَ له وهو غيرُ وارِثٍ ، فصار عندَ المَوْتِ وارِثًا ، بَطَلَتْ ؛ لأنَّ اعْتِبارَ الوَصِيَّةِ بالمَوْتِ) لا نَعْلَمُ خِلافًا بينَ أهْلِ العِلمِ فى أنَّ اعْتِبارَ الوَصِيَّةِ بالمَوْتِ ، فلو وَصَّى لثلاثةِ إخْوَةٍ

الإنصاف

مُنَزَّلٌ على القَوْلِ بالتَّنْفِيذِ . وجزَم به فى « الفُروعِ » . قال فى « القَواعِدِ » : ولا يتْعُدُ على قَوْلِ[1] القاضى فى التى قبلَها ، أنْ لا ينْفُذَ . وقالَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، فى الشُّفْعَةِ . ومنها ، إجازَةُ السَّفيهِ نافِذَةٌ على المذهبِ ، لا على الثَّانيةِ . ذكَرَه فى « الفُروعِ » . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لا تصِحُّ إجازَتُه مُطْلَقًا . وكذا صاحِبُ « الفائقِ » .

قوله : ومَن أُوصِىَ له وهو فى الظَّاهِرِ وارِثٌ ، فصارَ عندَ المَوْتِ غيرَ وارِثٍ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ له ، وإنْ أُوصِىَ له وهو غيرُ وارِثٍ ، فصارَ عندَ المَوْتِ وارِثًا ، بَطَلَتْ ؛ لأنَّ اعْتِبارَ الوَصِيَّةِ بالمَوْتِ . هذا[2] الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، وأكثرُهم لم يَحْكِ فيه خِلافًا ؛ أنَّ الاعْتِبارَ فى الوَصِيَّةِ بحالِ المَوْتِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

له مُفْترِقِين ، ولا وَلَدَ له ، ومات و لم يُولَدْ له[1] ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ لغيرِ الأخ مِن الأبِ إلَّا بإجازَةِ الورثةِ . وإن وُلِد له ابنٌ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ للجَميعِ مِن غيرِ إجازَةٍ ، إذا لم تَتَجاوَزِ الثُّلُثَ . وإن وُلِد له بنتٌ ، جازَتِ الوَصِيَّةُ لغيرِ الأخِ مِن الأبوَيْنِ ، فيكونُ لهما ثُلُثا المُوصَى به بينَهما ، ولا يجوزُ للأخِ مِن الأبوَيْنِ ؛ لأنَّه وارِثٌ . وبهذا يقولُ الشافعيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . ولا نَعْلَمُ عن غيرِهم خِلافَ ذلك . ولو وَصَّى لهم وله ابنٌ ، فمات ابنُه قبلَ مَوْتِه ، لم تَجُزِ الوَصِيَّةُ لأخِيه مِن أبَوَيْه ، ولا لأخيه مِن أُمِّه ، وجازت لأخيه مِن أبيه . وإن مات الأخُ مِن الأبوَيْن قبلَ مَوْتِه ، لم تَجُزِ الوَصِيَّةُ للأخِ مِن الأبِ أيضًا ؛ لأنَّه صار وارِثًا .

فصل : ولو وَصَّى لامرأةٍ أجْنَبِيَّةٍ وأوْصَتْ له ، ثم تَزَوَّجَها ، لم تَجُزْ وَصِيَّتُهما[2] إلَّا بإجازَةِ الوَرَثَةِ . وإن أوْصَى أحَدُهما للآخَرِ ثم طَلَّقَها ، جازَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّه صار غيرَ وارِثٍ ، إلَّا أنَّه إن طَلَّقَها فى مَرَضِ مَوْتِه ، فقِياسُ المَذْهَبِ أنَّها لا تُعْطَى أكْثَرَ مِن ميراثِها ؛ لأنَّه يُتَّهَمُ أنَّه طَلَّقَها لِيُوصِلَ إليها مالَه بالوَصِيَّةِ ، فلم يُنَفَّذْ لها ذلك ، كما لو طَلَّقَها فى مَرَضِ موتِه وأوْصَى لها بأكْثَرَ مِن ميراثِها .

الإنصاف

قال فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةَ عَشْرَةَ بعدَ المِائَةِ » : وحكَى بعضُهم خِلافًا ضعِيفًا ، أنَّ الاعْتِبارَ بحالِ الوَصِيَّةِ ، كما حكَى أبو بَكْرٍ ، وأبو الخَطَّابِ رِوايَةً ، أنَّ الوَصِيَّةَ فى حالِ الصِّحَّةِ مِن رَأْسِ المالِ ، ولا تصِحُّ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، وإنَّما أرادَ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « وصيتها » .

المقنع

وَلَا تَصِحُّ إِجَازَتُهُمْ وَرَدُّهُمْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِى ، وَمَا قَبْلَ ذَلِكَ لَا عِبْرَةَ بِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٦١ – مسألة : (ولا تَصِحُّ إجازَتُهم ورَدُّهم إلَّا بعدَ مَوْتِ المُوصِى ، وما قبلَ ذلك لا عِبْرَةَ به) فلو أجازُوا قبلَ ذلك ثم رَدُّوا ، أو أذِنُوا لمَوْرُوثِهم بالوَصِيَّةِ فى حَياتِه بجَمِيعِ المالِ ، أو بالوَصِيَّةِ لبعضِ الوَرَثَةِ ، ثم بَدا لهم فرَدُّوا بعدَ وَفاتِه ، فلهم الرَّدُّ ، سواءٌ كانتِ الإِجازَةُ فى صِحَّةِ المُوصِى أو مَرَضِه . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ مسعودٍ . وهو قولُ شُرَيْحٍ ، وطاوُسٍ ، والحَكَمِ ، والثَّوْرِىِّ ، والحسنِ بنِ صالِحٍ ، والشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وأبى حنيفةَ وأصحابِه . وقال الحسنُ ، وعَطاءٌ ، وحَمّادُ بنُ أبى سُلَيْمانَ ، وعبدُ المَلِكِ بنُ يَعْلَى ، والزُّهْرِىُّ ، ورَبِيعَةُ ، والأَوْزاعِىُّ ، وابنُ أبى ليلى : ذلك جائِزٌ عليهم ؛ لأَنَّ الحَقَّ للوَرَثَةِ ، فإذا رَضُوا بتَرْكِه ، سَقَط حَقُّهم ،

الإنصاف

العَطِيَّةَ المُنْجزَةَ ، كذلك قال القاضى . انتهى . وقال فى « الرِّعايتَيْن » : وقيل : تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ فيهما .

قوله : ولا تَصِحُّ إجازَتُهم ورَدُّهم إلَّا بعدَ مَوْتِ المُوصِى ، وما قبلَ ذلك لا عِبْرَةَ به . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، تصِحُّ إجازَتُهم قبلَ المَوْتِ فى مَرَضِه . خرَّجَها القاضى أبو حازِمٍ مِن إذْنِ الشَّفيعِ فى الشِّراءِ . قال فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ » : شَبَّهَه الإمامُ أحمدُ فى مَوْضِعٍ بالعَفْوِ عن الشُّفْعَةِ ، فخرَّجَه المَجْدُ فى « شَرْحِه » ، على رِوايتَيْن . واخْتارَها صاحِبُ « الرِّعايةِ » ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّين ، رَحِمَه اللهُ .

المقنع

وَمَنْ أَجَازَ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ قَالَ : إِنَّمَا أَجَزْتُ لِأَنَّنِى ظَنَنْتُ الْمَالَ قَلِيلًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا زَادَ عَلَى مَا ظَنَّهُ ، فِى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ ، إِلَّا أَنْ تَقُومَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ .

الشرح الكبير

كما لو رَضِىَ المُشْتَرِى بالعَيْبِ . وقال مالكٌ : إن أذِنُوا له فى صِحَّتِه ، فلهم أن يَرْجِعُوا ، وإن كان ذلك فى مَرَضِه وحينَ [٥/١٧٦ و] يُحْجَبُ عن مالِه ، فذلك[1] جائزٌ عليهم . ولَنا ، أنَّهم أسْقَطُوا حُقُوقَهم فيما لم يَمْلِكُوه ، فلم يَلْزَمْهم ، كالمرأةِ إذا أسْقَطَتْ[2] صَداقَها قبلَ النِّكاحِ ، أو أسْقَطَ الشَّفِيعُ حَقَّه مِن الشُّفْعَةِ قبلَ البَيْعِ ، ولأنَّها حالةٌ لا يَصِحُّ فيها رَدُّهم للوَصِيَّةِ ، فلم تَصِحَّ فيها إجازَتُهم ، كما قبلَ الوَصِيَّةِ .

٢٦٦٢ – مسألة : (ومَن أجاز الوَصِيَّةَ ثم قال : إنَّما أجَزْتُ لأنِّى ظَنَنْتُ المالَ قَلِيلًا . فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، وله الرُّجُوعُ بما زاد على ما ظَنَّه ، فى أظْهَرِ الوَجْهَيْن ، إلَّا أن تَقُومَ به بَيِّنَةٌ) وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا وَصَّى بزِيادَةٍ على الثُّلُثِ ، فأجازَ الوارِثُ الوَصِيَّةَ ، ثم قال : إنَّما أجَزْتُها ظَنًّا أنَّ المالَ قَلِيلٌ فبان كَثِيرًا . فإن كانت للمُوصَى له بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ باعْتِرافِه بقَدْرِ المالِ ، أو كان

الإنصاف

قوله : ومَن أَجازَ الوَصِيَّةَ – يعْنِى ، إذا كانتْ جُزءًا مُشاعًا – ثُمَّ قال : إنَّما أَجزْتُ لأنَّنِى ظَنَنْتُ المالَ قَلِيلًا . فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، وله الرُّجُوعُ بما زادَ على ظَنِّه ، فى أَظْهَرِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ،

---

(١) فى م : « فكذلك » .

(٢) فى م : « أصدقت » .

الشرح الكبير

المالُ ظاهِرًا لا يَخْفَى عليه ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه إذا قُلْنا : الإجازَةُ تَنْفِيذٌ . فإن قُلْنا : هى هِبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ . فله الرُّجُوعُ فيما يجوزُ الرُّجُوعُ فى الهِبَةِ فى مِثْلِه . وإن لم تَشْهَدْ بَيِّنَةٌ باعْتِرافِه ، و لم يكنِ المالُ ظاهِرًا ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمينِه ؛ لأنَّ الإجازَةَ تَنَزَّلَتْ مَنْزِلَةَ الإبْراءِ ، فلا تَصِحُّ فى المَجْهُولِ ، والقولُ قَوْلُه فى الجَهْلِ به مع يَمينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ العلمِ . فإذا وَصَّى بنِصْفِ مالِه ، فأجازه الوارِثُ ، وكان المالُ سِتَّةَ آلافٍ ، فقال : ظَنَنْتُه ثلاثةَ آلافٍ . فله الرُّجُوعُ بخَمْسِمائةٍ ؛ لأنَّه رَضِىَ بإجازَةِ الوَصِيَّةِ على أنَّ الزّائِدَ على الثُّلُثِ خَمْسُمائةٍ ، فكانت ألفًا ، فيَرْجِعُ بخَمْسِمائةٍ ، فيَحْصُلُ للمُوصَى له ألفان وخَمْسُمائةٍ . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه لا يُقْبَلُ قَوْلُه ؛ لأنَّه أجاز عَقْدًا له الخِيارُ فى فَسْخِه ، فبَطَلَ خِيارُه ، كما لو أجاز البَيْعَ مَن له الخِيارُ فى فَسْخِه بعَيْبٍ أو خِيارٍ ، أو أقَرَّ بدَيْنٍ ثم قال : غَلِطْتُ .

الإنصاف

و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثّانى ، ليس له الرُّجوعُ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ وغيرُه . وهو احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » . وتقدَّم فى الفوائدِ ، هل يُشْتَرَطُ أنْ يكونَ المُجازُ مَعْلومًا ؟

تنبيه : قوْلُه : إلَّا أنْ تقُومَ عليه بَيِّنَةٌ . يعْنِى ، تشْهَدُ بأنَّه كان عالِمًا بزِيادَتِه ، فلا يُقبَلُ قَوْلُه . وكذا لو كان المالُ ظاهِرًا لا يخْفَى عليه ، لا يُقْبَلُ قَوْلُه . وكلامُ المُصَنِّفِ وغيرِه ، ممَّن أطْلَقَ ، مُقَيَّدٌ بذلك ، وهذا إذا قُلْنا : الإجازَةُ تَنْفِيذٌ . فأمَّا إذا قُلْنا : هى هِبَةٌ مُبْتدَأَةٌ . فله الرُّجوعُ فيما يجوزُ الرُّجوعُ فى مِثْلِه فى الهِبَةِ . وقد تقدَّم قريبًا فى الفوائدِ .

المقنع

وَإِنْ كَانَ الْمُجَازُ عَيْنًا ، فَقَالَ : ظَنَنْتُ بَاقِيَ الْمَالِ كَثِيرًا . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٦٦٣ – مسألة : (وإن كان المُجازُ عَيْنًا) كعَبْدٍ[1] أو فَرَسٍ يَزِيدُ على الثُّلُثِ ، فأجازَ الوَصِيَّةَ بها (ثم قال : ظَنَنْتُ باقِيَ المالِ كَثِيرًا) تَخْرُجُ الوَصِيَّةُ مِن ثُلُثِه فبان قَلِيلًا . أو : ظَهَر عليه دَيْنٌ لم أعْلَمْه . لم تَبْطُلِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ العَبْدَ مَعْلُومٌ لا جهالَةَ فيه . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه يَمْلِكُ الفَسْخَ ؛ لأنَّه قد يَسْمَحُ بذلك ظَنًّا منه أن يَبْقَى له مِن المالِ ما يَكْفِيه ، فإذا بان خِلافُ ذلك لَحِقَه الضَّرَرُ في الإِجازَةِ ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ ، كالمسألةِ التي قبلَها .

فصل : ولا تَصِحُّ الإِجازَةُ إلَّا مِن جائِزِ التَّصَرُّفِ ، ولا تَصِحُّ مِن الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ والمَحْجُورِ عليه للسَّفَهِ ؛ لأنَّها تَبَرُّعٌ بالمالِ ، فلم تَصِحَّ منهم ، كالهِبَةِ . فأمَّا المَحْجُورُ عليه لفَلَسٍ ، فتَصِحُّ منه إن قُلْنا : هي تَنْفِيذٌ . وإن قُلنا : هي هِبَةٌ . لم تَصِحَّ منه ؛ لأنَّه ليس له هِبَةُ مالِه .

الإنصاف

قوله : وإنْ كان المُجازُ عَيْنًا – وكذا لو كان مَبْلَغًا مُقَدَّرًا – فقال : ظَنَنْتُ باقِيَ المالِ كَثِيرًا . لم يُقْبَلْ قَوْلُه ، في أَظْهَرِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ ، جزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، يُقْبَلُ قَوْلُه . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : لو قال : ظَنَنْتُ قِيمَتَه أَلْفًا . فبانَ أكثرَ ، قُبِلَ قَوْلُه ، وليسَ نَقْضًا للحُكْمِ بصِحَّةِ

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَلَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا بِالْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَأَمَّا قَبُولُهُ وَرَدُّهُ قَبْلَ الْمَوْتِ فَلَا عِبْرَةَ بِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٦٤ - مسألة : (ولا يَثْبُتُ المِلْكُ للمُوصَى له إلَّا بالقَبُولِ بعدَ المَوْتِ ، فأمّا رَدُّه وقَبُوله قبلَ ذلك فلا عِبْرَةَ به) يُشْتَرطُ لثُبُوتِ المِلْكِ للمُوصَى له شَرْطان ؛ أحَدُهما ، القَبُولُ إذا كانت لمُعَيَّنٍ يُمْكِنُ القَبُولُ منه ، فى قولِ جُمْهُورِ الفُقَهاءِ ؛ لأنَّها تَمْلِيكُ مالٍ لمَن هو مِن أهْلِ المِلْكِ ، مُتَعَيِّنٌ ، فاعْتُبِرَ قَبُولُه ، كالهِبَةِ والبَيْعِ . قال أحمدُ : الهِبَةُ والوَصِيَّةُ واحِدٌ . فإن كانت لغيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كالفُقَراءِ والمَساكِينِ ، أو لمَن لا يُمكِنُ حَصْرُهم ؛ كبَنى تَمِيمٍ ، أو على مَصْلَحَةٍ ؛ كمسجدٍ أو حَجٍّ ، لم تَفْتَقِرْ إلى قَبُولٍ ، ولَزِمَتْ بمُجَرَّدِ المَوْتِ ؛ لأنَّ اعْتِبارَ القَبُولِ مِن جَميعِهم مُتَعَذِّرٌ ، فسَقَطَ اعْتِبارُه ، كالوَقْفِ عليهم ، ولا يَتَعَيَّنُ واحِدٌ منهم فيُكْتَفى

الإنصاف

الإجازَةِ ببَيِّنَةٍ أو إقْرارٍ . قال : وإنْ أجازَ ، وقال : أرَدْتُ أصْلَ الوَصِيَّةِ . قُبِلَ . انتهى .

قوله : ولا يَثْبُتُ المِلْكُ للمُوصَى له إلَّا بالقَبُولِ بعدَ المَوْتِ ، فأمَّا قَبُولُه ورَدُّه قبلَ المَوْتِ فلا عِبْرَةَ به . اعلَمْ أنَّ حُكْمَ قَبُولِ الوَصِيَّةِ كقَبُولِ الهِبَةِ ، على ما تقدَّم فى بابِه . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : الهِبَةُ والوَصِيَّةُ واحِدٌ . قالَه فى « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهما . وقال فى « القَواعِدِ » : نَصَّ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مواضِعَ على أنَّه لا يُعْتَبَرُ للوَصِيَّةِ قَبُولٌ ، فيَمْلِكُه قَهْرًا ، كالمِيراثِ . وهو وَجْهٌ للأصحابِ . حَكاه غيرُ واحدٍ . انتهى . وذكَر الحَلْوانِىُّ عن أصحابِنا ، أنَّه يمْلِكُ الوَصِيَّةَ بلا قَبُولِه ، كالمِيراثِ . وقال فى « المُغْنِى » ، ومَن

الشرح الكبير

بقَبُولِه[1] ، ولذلك لو كان منهم ذو رَحِمٍ مِن المُوصَى به ، مثلَ أن يُوصِىَ بعَبْدٍ للفُقَراءِ ، وأبوه فَقِيرٌ ، لم يَعْتِقْ عليه . ولأنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ للمُوصَى لهم ، بدَلِيلِ ما ذكَرْنا مِن المسألةِ ، وإنَّما يَثْبُتُ لكلِّ واحِدٍ منهم بالقَبْضِ ، فيَقُومُ قَبْضُه مَقامَ قَبُولِه . أمَّا الآدَمِىُّ المُعَيَّنُ ، فيَثْبُتُ له المِلْكُ ، فيُعْتَبَرُ قَبُولُه ، لكنْ لا يَتَعَيَّنُ القَبُولُ باللَّفْظِ ، بل يَحْصُلُ بما قام مَقامَه مِن الأخْذِ والفِعْلِ الدّالِّ على الرِّضا ، كقَوْلِنا فى الهِبَةِ والبَيْعِ . ويَجُوزُ القَبُولُ على الفَوْرِ والتَّراخِى : الثانى ، أن يَقْبَلَ بعدَ مَوْتِ المُوصِى ؛ لأنَّه قبلَ ذلك لم يَثْبُتْ له حَقٌّ ، ولذلك لم يَصِحَّ رَدُّه .

الإنصاف

تابَعه : وَطْؤُه [٢٦٦/٢ظ] الأمَةَ المُوصَى بها ، قَبُولٌ ؛ كرَجْعَةٍ ، وبَيْعِ خِيارٍ . وقال فى « الرِّعايةِ » : وقيل : يكْفِى الفِعْلُ قَبُولًا . قال فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والأَرْبَعِين » : واخْتارَ القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، أنَّها لا تلْزَمُ فى المُبْهَمِ بدُونِ قَبْضٍ . وخرَّج المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » وَجْهًا ثالثًا ، أنَّها لا تلْزَمُ بدُونِ القَبْضِ ؛ سواءٌ كان مُبْهَمًا ، أوْ لا ، كالهِبَةِ . وقال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والخَمْسِين » : الأَظْهَرُ أنَّ تَصَرُّفَ المُوصَى له فى الوَصِيَّةِ بعدَ المَوْتِ ، يقُومُ مَقامَ القَبُولِ ؛ لأنَّ سبَبَ المِلْكِ قدِ اسْتَقَرَّ له اسْتِقرارًا لا يمْلِكُ إبْطالَه . واقْتَصَرَ عليه .

فائدة : لا يصِحُّ بَيْعُ المُوصَى به قبلَ قَبُولِه مِن وارِثِه . ذكَرَه فى « الفُروعِ » ، فى بابِ التَّدْبيرِ . ويجوزُ التَّصَرُّفُ فى المُوصَى به بعدَ ثُبوتِ المِلْكِ ، وقبلَ القَبْضِ ، باتِّفاقٍ مِنَ الأصحابِ فيما نعْلَمُه . قالَه فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والخَمْسِين » واقتصَرَ عليه .

---

(١) فى الأصل : « بقوله » .

المقنع

فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِى ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

الشرح الكبير

٢٦٦٥ – مسألة : (وإن مات المُوصَى له قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، بَطَلَتِ الوصيةُ) هذا قولُ أكْثَرِ أهلِ العلمِ . رُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وبه قال الزُّهْرِىُّ ، وحَمّادُ بنُ أبى سُلَيْمانَ ، ورَبِيعةُ ، ومالكٌ ،

الإنصاف

تنبيه : مُرادُه ، إذا كان المُوصَى له واحِدًا أو جَمْعًا مَحْصُورًا . فأمَّا إذا كانُوا غيرَ مَحْصُورِين ؛ كالفُقَراءِ ، أوِ المَساكِينِ مَثَلًا ، أو لغيرِ آدَمِىٍّ ؛ كالمَساجِدِ ، والقَناطِرِ ، ونحوِهما ، فلا يُشْتَرَطُ القَبُولُ ، قوْلًا واحِدًا . وسيأْتِى قريبًا ، متى يثْبُتُ المِلْكُ له إذا قَبِلَ ؟ .

فوائد ؛ إحْداها ، يسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الوَرَثَةِ بمُجَرَّدِ مَوْتِ مَوْرُوثِهم ، إذا كان المالُ عَيْنًا حاضِرَةً يُتمَكَّنُ مِن قَبْضِها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، فى رجُلٍ ترَكَ مِائَتَى دِينارٍ وعَبْدًا قِيمَتُه مِائَةٌ ، وأوْصَى لرَجُلٍ بالعَبْدِ ، فسُرِقَتِ الدَّنانِيرُ بعدَ موتِ الرَّجُلِ : وجَب العَبْدُ للمُوصَى له ، وذَهَبَتْ دَنانِيرُ الوَرَثَةِ . وهكذا ذكَرَه الخِرَقِىُّ ، وأكثرُ الأصحابِ . وقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، فى كتابِ العِتْقِ : لا يدْخُلُ فى ضَمانِهم بدُونِ القَبْضِ ؛ لأنَّه لم يحْصُلْ فى أيْدِيهم ، ولم ينْتَفِعُوا به ، أشْبَهَ الدَّيْنَ والغائبَ ونحوَهما ، ممَّا لم يتَمَكَّنُوا مِن قَبْضِه . فعلى هذا ؛ إنْ زادَتِ التَّرِكَةُ قبلَ القَبْضِ ، فالزِّيادَةُ للوَرَثَةِ ، وإنْ نقَصَتْ ، لم يُحْسَبِ النَّقْصُ عليهم ، وكانتِ التَّرِكَةُ ما بَقِىَ . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ الحادِيَةِ والخَمْسِين » ، وعلَّله .

الثَّانيةُ ، قولُه : فَإِنْ ماتَ المُوصَى له قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ . بلا نِزاعٍ . لكِنْ لو ماتَ المُوصَى له بقَضاءِ دَيْنِه قبلَ موتِ[1] المُوصِى ، لم تبْطُلِ

(١) سقط من : ط .

المقنع وَإِنْ رَدَّهَا بَعْدَ مَوْتِهِ ، بَطَلَتْ أَيْضًا .

الشرح الكبير والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال الحسنُ : تكونُ لوَلَدِ المُوصَى له . وقال عَطاءٌ : إذا عَلِم المَرِيضُ بمَوْتِ المُوصَى له ، ولم يُحْدِثْ فيما أوْصَى به شيئًا فهو لوارِثِ المُوصَى له ؛ لأنَّه مات بعدَ عَقْدِ الوَصِيَّةِ ، فيَقُومُ الوارِثُ مَقامَه ، كما لو مات بعدَ مَوْتِ المُوصِى وقبلَ القَبُولِ . ولَنا ، أنَّها عَطِيَّةٌ صادَفَتِ المُعْطَى مَيِّتًا ، فلم تَصِحَّ ، كما لو وَهَبَ مَيِّتًا ؛ وذلك لأنَّ الوَصِيَّةَ عَطِيَّةٌ بعدَ الموتِ . وإذا مات قبلَ القَبُولِ ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ أيضًا . وإن سَلَّمْنا صِحَّتَها ، فإنَّ العَطِيَّةَ صادَفَتْ حَيًّا ، بخِلافِ مسألَتِنا .

٢٦٦٦ – مسألة : (وإن رَدَّها بعدَ موتِه ، بَطَلَتْ أيضًا) لا يَخْلُو رَدُّ الوَصِيَّةِ مِن أرْبَعَةِ أحْوالٍ ؛ أحَدُها ، أن يَرُدَّها قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، فلا يَصِحُّ الرَّدُّ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ لم تَقَعْ بعدُ ، أشْبَهَ رَدَّ المَبِيعِ قبلَ إيجابِ البَيْعِ ،

الإنصاف الوَصِيَّةُ ، بلا نِزاعٍ ؛ لأنَّ تفريغَ ذِمَّةِ المَدِينِ بعدَ مَوْتِه كتَفْرِيغِها قبلَه ؛ لوُجودِ الشُّغْلِ فى الحالَيْن ، كما لو كان حَيًّا . ذكَرَه الحارِثِىُّ . الثَّالثةُ ، لا تنْعَقِدُ الوَصِيَّةُ إلَّا بقَوْلِه : فَوَّضْتُ . أو وصَّيْتُ إليك . أو إلى زَيْدٍ بكذا . أو أنت . أو هو . أو جعَلْتُه . أو جعَلْتُك وَصِيِّى . أو أعْطُوه مِن مالِى بعدَ مَوْتِى كذا . أو ادْفَعُوه إليه . أو جعَلْتُه له . أو هو له بعدَ مَوْتِى . أو هو له مِن مالِى بعدَ مَوْتِى . ونحوِ ذلك .

تنبيه : وإنْ رَدَّها بعدَ مَوْتِه ، بطَلَتْ أيْضًا . بلا نِزاعٍ . لكِنْ لو رَدَّها بعدَ قَبُولِه ، وقبلَ القَبْضِ ، لم يصِحَّ الرَّدُّ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وصحَّحه الحارِثِىُّ . قال المَجْدُ : هذا المذهبُ . وقيل : يصِحُّ رَدُّه مُطْلَقًا . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ .

الشرح الكبير

ولأنَّه ليس بمَحَلٍّ للقَبُولِ ، فلا يكونُ مَحَلًّا للرَّدِّ ، كما قبلَ الوصيةِ . الثانى ، أن يَرُدَّها بعدَ المَوْتِ وقبلَ القَبُولِ ، فيَصِحُّ الرَّدُّ وتَبْطُلُ الوَصِيَّةُ . لا نَعْلَمُ فيه [١٧٧/٥ و] خِلافًا ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقَّه فى حالٍ يَمْلِكُ قَبُولَه وأخْذَه ، فأشْبَهَ عَفْوَ الشَّفِيعِ عن الشُّفْعَةِ بعدَ البَيْعِ . الثالثُ ، أن يَرُدَّ بعدَ القَبُولِ والقَبْضِ ، فلا يَصِحُّ الرَّدُّ ؛ لأنَّ مِلْكَه قد اسْتَقَرَّ عليه ، فأشْبَهَ رَدَّه لسائِرِ مِلْكِه ، إلَّا أن يَرْضَى الوَرَثَةُ بذلك ، فتكونَ هِبَةً منه لهم تَفْتَقِرُ إلى شُرُوطِ الهِبَةِ . الرّابعُ ، أن يَرُدَّ بعدَ القَبُولِ وقبلَ القَبضِ ، فيُنْظَرُ ؛ فإن كان المُوصَى به مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، صَحَّ الرَّدُّ ؛ لأنَّه لا يَسْتَقِرُّ مِلْكُه عليه قبلَ قَبْضِه ، فأشْبَهَ رَدَّه قبلَ القَبُولِ ، وإن كان غيرَ ذلك ، لم يَصِحَّ الرَّدُّ[1] ؛ لأنَّ مِلْكَه قد اسْتَقَرَّ عليه ، فهو كالمَقْبُوضِ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ الرَّدُّ ، بناءً على أنَّ القَبْضَ مُعْتَبَرٌ فيه . ولأصحابِ الشافعيِّ فى هذه الحالِ وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يَصِحُّ الرَّدُّ فى الجميعِ ، فلا فرقَ بينَ المَكِيلِ والموزونِ وغيرِهما . وهو المنصوصُ عن الشافعيِّ ؛ لأنَّهم لمّا مَلَكُوا الرَّدَّ مِن غيرِ قَبُولٍ ، مَلَكُوا الرَّدَّ مِن غيرِ قَبْضٍ ، ولأنَّ مِلْكَ الوَصِيِّ لم يَسْتَقِرَّ عليه قبلَ القَبْضِ ، فصَحَّ رَدُّه كما قبلَ القَبُولِ . والثانى ، لا يَصِحُّ الرَّدُّ ؛ لأنَّ المِلْكَ يَحْصُلُ بالقَبُولِ مِن غيرِ قَبْضٍ .

الإنصاف

وقيل : يصِحُّ رَدُّه فى المَكيلِ والمَوْزونِ بعدَ قَبُولِه وقبلَ قَبْضِه . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ . قال الزَّرْكَشِيُّ : إنْ كان الرَّدُّ بعدَ القَبُولِ والقَبْضِ ، لم يصِحَّ الرَّدُّ ،

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : وكلُّ مَوْضِعٍ صَحَّ الرَّدُّ فيه ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بالرَّدِّ ، ويَرْجِعُ المُوصَى به إلى التَّرِكَةِ ، فيكونُ الجَميعُ للوارِثِ ؛ لأنَّ الأصْلَ ثُبوتُ الحَقِّ لهم ، وإنَّما خَرَجَ بالوَصِيَّةِ ، فإذا بَطَلَتْ رَجَع إلى ما كان عليه ، كأنَّ الوَصِيَّةَ لم تُوجَدْ . ولو عَيَّنَ بالرَّدِّ واحِدًا فقَصَدَ تَخْصِيصَه بالمَرْدُودِ ، لم يكنْ له ذلك ، وكان لجَميعِهم ؛ لأنَّ رَدَّه امْتِناعٌ مِن تَمَلُّكِه ، فبَقِيَ على ما كان عليه ، ولأنَّه لا يَمْلِكُ دَفْعَه إلى أجْنَبِيٍّ ، فلم يَمْلِكْ دَفْعَه إلى وارِثٍ يَخُصُّه به . وكلُّ موضعٍ امْتَنَعَ الرَّدُّ لاسْتقْرارِ مِلْكِه عليه ، فله أن يَخُصَّ به بعضَ الوَرَثَةِ ؛ لأنَّه ابْتِداءُ هِبَةٍ ، ولأنَّه يَمْلِكُ دَفْعَه إلى أجْنَبِيٍّ ، فمَلَكَ دَفْعَه إلى الوارِثِ . فلو قال : رَدَدْتُ هذه الوَصِيَّةَ لفُلانٍ . قِيلَ له : ما أرَدْتَ بقَوْلِك لفُلانٍ ؟ فإن قال : أرَدْتُ تَمْلِيكَه إيّاها وتَخْصِيصَه بها . فقَبِلَها ، اخْتَصَّ بها . وإن قال : أرَدْتُ رَدَّها إلى جميعِهم لِيَرْضَى فُلانٌ . عادت إلى الجميعِ إذا قَبِلُوها ، فإن قَبِلَها بعضُهم دُونَ بعضٍ فلِمَن قَبِل حِصَّتُه منها .

فصل : ويَحْصُلُ الرَّدُّ بقَوْلِه : رَدَدْتُ الوَصِيَّةَ . وقَوْلِه : ما أقْبَلُها . وما أدَّى هذا المَعْنَى . قال أحمدُ : إذا وَصَّى لرجلٍ بألْفٍ ، فقال : لا أقْبَلُها . فهي لوَرَثَتِه[1] .

الإنصاف

وكذلك لو كان بعدَ القَبُولِ ، وقبْلَ القَبْضِ ، على ظاهِرِ كلامِ جماعةٍ . وأورده المَجْدُ مذهبًا .

فائدة : إذا لم يقْبَلْ بعدَ مَوْتِه ، ولا رَدَّ ، فحُكْمُه حُكْمُ مُتَحَجِّرِ المَواتِ ، على

(1) في م : « لورثة الموصى له » وعلى حاشية الأصل : « يعني لورثة الموصى له » . وفي المغني ٨/٤١٦ : « يعني لورثة الموصى » .

المقنع

وَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ وَقَبْلَ الرَّدِّ وَالْقَبُولِ ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِى : تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٦٧ - مسألة : (وإن مات بعدَه وقبلَ الرَّدِّ والقَبُولِ ، قام وارِثُه مَقامَه . ذكَره الخِرَقِيُّ . وقال القاضى : تَبْطُلُ على قِياسِ قَوْلِه) [١٧٧/٥ ظ] إذا مات المُوصَى له بعدَ مَوْتِ المُوصِى وقبلَ الرَّدِّ والقَبُولِ ، قام وارِثُه مَقامَه فى القَبُولِ والرَّدِّ . كذلك ذكَره الخِرَقِيُّ ؛ لأنَّه حَقٌّ يَثْبُتُ للمَوْرُوثِ ، فثَبَتَ للوارِثِ بعدَ مَوْتِه ؛ لقَوْلِه ، عليه الصلاةُ والسلامُ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَلِوَرَثَتِه »[1] . وكخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامِدٍ : تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فإذا مات مَن له القَبُولُ قبلَ القَبُولِ ، بَطَل العَقْدُ ، كالهِبَةِ . قال القاضى : هو قِياسُ المَذْهَبِ ؛ لأنَّه خِيارٌ لا يُعْتاضُ عنه ، فبَطَلَ ، كخِيارِ المَجْلِسِ والشَّرْطِ وخِيارِ الأَخْذِ بالشُّفْعَةِ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : تَلْزَمُ الوَصِيَّةُ فى حَقِّ الوارِثِ ، وتَدْخُلُ فى مِلْكِه حُكْمًا بغيرِ قَبُولٍ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ قد لَزِمَتْ مِن جِهَةِ المُوصِى ، وإنَّما الخِيارُ للمُوصَى له ، فإذا مات بَطَل خِيارُه ودَخل

الإنصاف

ما مرَّ فى بابِه . قالَه فى « الفُروعِ » . وقال فى « القاعِدَةِ العاشِرَةِ بعدَ المِائَةِ » : لوِ امْتَنَعَ مِنَ القَبُولِ والرَّدِّ ، حُكِمَ عليه بالرَّدِّ ، وسقَط حقُّه مِنَ الوَصِيَّةِ . قالَه فى « الكافِى » . وجزَم به الحارِثِيُّ .

قوله : وإنْ ماتَ بعدَه وقبلَ الرَّدِّ والقَبُولِ ، قامَ وارِثُه مقامَه . ذكَرَه الخِرَقِيُّ . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه فى روايَةِ صالحٍ . قالَه المَجْدُ . واخْتارَه المُصَنِّفُ ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٨٨/٦ .

الشرح الكبير

فى مِلْكِه ، كما لو اشْتَرَى شيئًا على أنَّ الخِيارَ له فمات قبلَ[1] انْقِضائِه . ولَنا على أنَّ الوَصِيَّةَ لا تَبْطُلُ بمَوْتِ الوَصِىِّ ، أنَّها عَقْدٌ لازِمٌ مِن أحَدِ الطَّرَفَيْن ، فلم يَبْطُلْ بمَوْتِ مَن له الخِيارُ ، كعَقْدِ الرَّهْنِ والبَيْعِ إذا شُرِط فيه الخِيارُ لأحَدِهما ، ولأنَّه عَقْدٌ لا يَبْطُلُ بمَوْتِ المُوجِبِ له ، فلا يَبْطُلُ بمَوْتِ الآخَرِ ، كالذى ذَكَرْنا . ويُفارِقُ الهِبَةَ والبَيْعَ قبلَ القَبُولِ مِن الوَجْهَيْن اللَّذَيْن ذَكَرْناهما ، وهو أنَّه جائِزٌ مِن الطَّرَفَيْن ، ويَبْطُلُ بمَوْتِ المُوجِبِ له ، ولا يَصِحُّ قِياسُه على الخِياراتِ ؛ لأنَّ ثَمَّ يَبْطُلُ الخِيارُ ، ويَلْزَمُ العَقْدُ ، فنَظِيرُه فى مسألتِنا قولُ أصحابِ الرَّأْىِ . ولَنا على إبْطالِ قولِهم ، أنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى قَبُولِ المُتَمَلِّكِ ، فلم يَلْزَمْ قبلَ القَبُولِ ، كالبَيْعِ والهِبَةِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ الوارِثَ يَقُومُ مَقامَ المُوصَى له فى الرَّدِّ والقَبُولِ ؛ لأنَّ كلَّ حَقٍّ مات عنه المُسْتَحِقُّ فلم يَبْطُلْ بالمَوْتِ ، قام الوارِثُ فيه مَقامَه ، فإن رَدَّ الوارِثُ الوَصِيَّةَ بَطَلَتْ ، وإن قَبِلَها صَحَّتْ . وإن كان الوارِثُ جماعَةً ، اعْتُبِرَ القَبُولُ والرَّدُّ مِن جَميعِهم ، فإن رَدَّ بعضُهم وقَبِل بعضٌ ، ثَبَتَ المِلْكُ لمَن قَبِل فى حِصَّتِه ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ فى حَقِّ مَن رَدَّ . فإن كان منهم مَن ليس له التَّصَرُّفُ ، قام وَلِيُّه مَقامَه فى ذلك ، وليس له أن يَفْعَلَ إلَّا ما للمُوَلَّى عليه فيه الحَظُّ ، فإن فعَل غيرَه لم يَصِحَّ ، فإذا كان الحظُّ فى قَبولِها ، لم يَصِحَّ

الإنصاف

والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ،

---

(١) فى م : « بعد » .

المقنع

وَإِنْ قَبِلَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، ثَبَتَ الْمِلْكُ حِينَ الْقَبُولِ ، فِى الصَّحِيحِ .

الشرح الكبير

الردُّ وكان له قَبولُها بعدَ ذلك ، وإن كان الحَظُّ فى رَدِّها ، لم يَصِحَّ قَبُولُه لها ؛ لأنَّ الوَلِىَّ لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ فى حَقِّ المُوَلَّى عليه بغيرِ ما له الحَظُّ فيه . فلو وَصَّى لصَبىٍّ بذى رَحِمٍ [٥/١٧٨ و] يعْتِقُ بمِلْكِه له ، وكان على الصَّبىِّ ضَرَرٌ فى ذلك ، بأن تَلْزَمَه نَفَقةُ المُوصَى به ؛ لكَونِه فَقِيرًا لا كَسْبَ له ، والمُوَلَّى عليه مُوسِرٌ ، لم يكنْ له قَبُولُ الوَصِيَّةِ ، وإن لم يكنْ عليه ضَرَرٌ ، لكونِ المُوصَى به ذا كَسْبٍ ، أو لكَوْنِ المُوَلَّى عليه فَقِيرًا لا تَلْزَمُه نَفَقَتُه ، تَعيَّنَ القَبُولُ ؛ لأنَّ فى ذلك نَفْعًا للمُوَلَّى عليه ، لعِتْقِ قَرابَتِه مِن غيرِ ضَرَرٍ يَعُودُ عليه ، فتَعَيَّنَ ذلك . واللهُ أعلم .

٢٦٦٨ – مسألة : (وإن قَبِلَها بعدَ المَوْتِ ، ثَبَت المِلْكُ حينَ القَبُولِ ، فى الصَّحِيحِ) مِن المَذْهَبِ . وهو قولُ مالكٍ ، وأهلِ العِراقِ ،

الإنصاف

و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال القاضى : تبْطُلُ الوَصِيَّةُ على قِياسِ قَوْلِه . يعْنِى ، فى خِيارِ الشُّفْعَةِ ، وخِيارِ الشَّرْطِ . وهو رِوايَةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رحِمَه اللهُ ، نقَلَها عَبْدُ اللهِ ، وابنُ مَنْصُورٍ . واخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، والقاضى ، وأصحابُه . وقدَّمه فى « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والأرْبَعِين بعدَ المِائَةِ » ، وقال : اخْتارَه القاضى والأكْثَرُون . وحكَى الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ وَجْهًا ، أنَّها تنْتَقِلُ إلى الوارِثِ بلا قَبُولٍ ، كالخِيارِ .

قوله : وإنْ قبِلَها بعدَ المَوْتِ ، ثبَت المِلْكُ حينَ القَبُولِ ، فى الصَّحيحِ . وهو المذهبُ . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه ، وأوْمَأَ إليه الإمامُ أحمدُ ، رحِمَه اللهُ تعالَى . ونصَرَه القاضى ، وأصحابُه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قال الشَّارِحُ ، وابنُ مُنَجَّى : هذا

الشرح الكبير

ورُوِىَ عن الشافعىِّ . وفيه وَجْهٌ آخرُ ذَكَرَه أبو الخَطّابِ ، أنه إذا قَبِل تَبَيَّنَّا أنَّ المِلْكَ ثَبَت حينَ مَوْتِ المُوصِى . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ ما وَجَب انْتِقالُه بالقَبُولِ ، وَجَب انْتِقالُه مِن جِهَةِ المُوجِبِ عندَ الإِيجابِ ، كالهِبَةِ والبَيْعِ ، ولأنَّه لا يجوزُ أن يَثْبُتَ المِلْكُ فيه للوارِثِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾[1] . والإِرْثُ بعدَ الوَصِيَّةِ ، ولا يَبْقَى للمَيِّتِ ؛ لأنَّه صار جَمادًا لا يَمْلِكُ شيئًا . وللشافعىِّ قولٌ ثالثٌ غيرُ مَشْهُورٍ ، أنَّ الوَصِيَّةَ تُمْلَكُ بالمَوْتِ ، ويُحْكَمُ بذلك قبلَ القَبُولِ ؛ لِما ذَكَرْنا . ولَنا ، أنَّه تَمْلِيكُ عَيْنٍ لمُعَيَّنٍ يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ،

الإنصاف

الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . ونصَرَه الشَّارِحُ . ويحْتَمِلُ أنْ يثْبُتَ المِلْكُ حينَ الموتِ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » . قال فى « العُمْدَةِ » : ولو وصَّى بشىءٍ ، فلم يأْخُذْه المُوصَى له زَمانًا ، [٢٦٧/٢و] قُوِّمَ وقْتَ الموتِ ، لا وقْتَ الأَخْذِ . انتهى . وقال فى « الوَجيزِ » : ويثْبُتُ المِلْكُ بالقَبُولِ عقِبَ الموتِ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقيل : الخِلافُ رِوايَتان . واخْتارَ أبو بَكْرٍ فى « الشَّافِى » ، أنَّ المِلْكَ مُراعًى ؛ فإذا قَبِلَ ، تبيَّنَّا أنَّ المِلْكَ ثبَت له مِن حينِ الموتِ . وهو رِوايَةٌ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رحِمَه اللهُ تعالَى . وحكَى الشَّرِيفُ عن شَيْخِه[2] ، أنَّه قال : هذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . قلتُ : ويحْتَمِلُه كلامُ « الوَجيزِ » المُتَقَدِّمُ ، بل هو ظاهِرٌ فى ذلك . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وهذا

---

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) هو القاضى أبى يعلى .

الشرح الكبير

فلم يَسْبِقِ المِلْكُ القَبُولَ ، كسائِرِ العُقُودِ ، ولأنَّ القَبُولَ مِن تَمامِ السَّبَبِ ، والحُكْمُ لا يَتَقَدَّمُ سَبَبَه ، ولأنَّ القَبُولَ لا يَخْلُو مِن أن يكونَ شَرْطًا أو جُزْءًا مِن السَّبَبِ ، والحُكْمُ لا يَتَقَدَّمُ سَبَبَه ولا شَرْطَه ، ولأنَّ المِلْكَ فى الماضِى لا يجوزُ تَعْلِيقُه بشَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . فإن قِيلَ : فلو قال لامرأتِه : أنت طالِقٌ قبلَ مَوْتِى بشَهْرٍ . ثم مات ، تَبَيَّنَّا وُقُوعَ الطَّلاقِ قبلَ مَوْتِه بشَهْرٍ . قُلْنا : ليس هذا شَرْطًا فى وُقُوعِ الطَّلاقِ ، وإنَّما نَتَبَيَّنُ الوَقْتَ الذى يَقَعُ فيه الطَّلاقُ . ولو قال : إذا مِتُّ فأنتِ طالِقٌ قبلَه بشَهْرٍ . لم يَصِحَّ . وأمَّا انْتِقالُه مِن جِهَةِ المُوجِبِ فى سائِرِ العُقُودِ فإنَّه لا يَنْتَقِلُ إلَّا بعدَ القَبُولِ ، فهو كمسألتِنا ، غيرَ أنَّ ما بينَ الإيجابِ والقَبُولِ ثَمَّ يَسِيرٌ لا يَظْهَرُ له أثَرٌ ، بخِلافِ مسألتِنا . قولُهم : إنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ للوارِثِ . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ بحُكْمِ الأصْلِ ، إلَّا أن يَمْنَعَ منه مانِعٌ ، فأمَّا قولُ اللهِ تعالى : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ . قُلْنا : المُرادُ به وَصِيَّةٌ مَقْبُولَةٌ ، بدَلِيلِ أنَّه لو لم يَقْبَلْ ، لكان مِلْكًا للوارِثِ ، وقبلَ قَبُولِها فليست مَقْبُولَةً . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ المُرادُ بقَوْلِه : ﴿ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ ﴾[1] . أى لكم ذلك مُسْتَقِرٌّ . ولا يَمْنَعُ هذا ثُبُوتَ المِلْكِ غيرَ مُسْتَقِرٍّ . ولهذا لا يَمْنَعُ الدَّيْنُ ثُبُوتَ المِلْكِ فى التَّرِكَةِ ، وهو آكَدُ مِن

الإنصاف

هو الوَجْهُ الذى قبلَه بعَيْنِه . وهو كما قال . وحُكِىَ وجْهٌ بأنَّه مِن حينِ الموتِ بمُجَرَّدِه . نقَلَه الحارِثِىُّ . فعلى الأوَّلِ ، يكونُ قبلَ القَبُولِ للوَرَثَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كما صرَّح به المُصَنِّفُ هنا . واخْتارَه هو ، وابنُ البَنَّا ، والشِّيرازِىُّ ،

---

(1) سورة النساء ١٢ .

الشرح الكبير

الوَصِيَّةِ . وإن سَلَّمْنا أنَّ المِلْكَ لا يَبْقَى للوارِثِ ، فإنَّه يَبْقى مِلْكًا للمَيِّتِ ، كما إذا كان عليه دَيْنٌ . [٥/١٧٨ ظ] وقولُهم : لا يَبْقَى له مِلْكٌ . مَمْنُوعٌ ، فإنَّه يَبْقَى مِلْكُه فيما يَحْتاجُ إليه مِن مُؤْنَةِ تَجْهِيزِه ودَفْنِه ، وقَضاءِ دُيُونِه . ويجوزُ أن يَتَجَدَّدَ له مِلْكٌ فى دِيَتِه إذا قُتِل ، وفيما إذا نَصَب شَبَكَةً فوَقَع فيها صَيْدٌ بعدَ مَوْتِه ، بحيث تُقْضَى دُيُونُه ، وتَنْفُذُ وصاياه ، ويُجَهَّزُ إن كان قبلَ تَجْهِيزِه ، فهذا يَبْقَى على مِلْكِه ، لتَعَذُّرِ انْتِقالِه إلى الوارِثِ مِن أجْلِ الوَصِيَّةِ ، وامْتِناعِ انْتِقالِه إلى الوَصِيِّ قبلَ تَمامِ السَّبَبِ ، فإن رَدَّ المُوصَى له ، أو قَبِل ، انْتَقَلَ حِينَئِذٍ . فإن قلنا بالأوَّلِ ، وأنَّه يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، فإنَّه يَثْبُتُ له المِلْكُ على وَجْهٍ لا يُفِيدُ إباحَةَ التَّصَرُّفِ ، كثُبُوتِه فى العَيْنِ المَرْهُونَةِ ، فلو باع المُوصَى به ، أو رَهَنَه ، أو أعْتَقَه ، أو تَصَرَّفَ بغيرِ ذلك ، لم يَنْفُذْ شىءٌ مِن تَصَرُّفاتِه . ولو كان الوارِثُ ابنًا للمُوصَى به ، مثلَ أن تَمْلِكَ امرأةٌ زَوْجَها الذى لها منه ابنٌ ، فتُوصِىَ به لأجْنَبِىٍّ ، فإذا ماتت ،

الإنصاف

والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يكونُ على مِلْكِ المَيْتِ . وهو مُقْتَضَى قَوْلِ الشَّرِيفِ ، وأبى الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » . قال الحارِثِىُّ : والقَوْلُ بالبَقاءِ للمَيْتِ ، قال به أبو الخَطَّابِ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، والقاضى أبو الحُسَيْنِ ، وغيرُهم . انتهى . وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِىُّ ، وصاحِبُ « القَواعِدِ » فيها ، وقال : وأكثرُ الأصحابِ قالوا : يكونُ للمُوصَى له ، وهو قَوْلُ أبى بَكْرٍ ، والخِرَقِىِّ ، ومَنْصوصُ الإمامِ أحمدَ ، رحِمَه اللهُ تعالَى . انتهى .

المقنع

فَمَا حَدَثَ قَبْلَهُ مِنْ نَمَاءٍ مُنْفَصِلٍ فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ ، وَإِنْ كَانَ مُتَّصِلًا تَبِعَهَا .

الشرح الكبير

انْتَقَلَ المِلْكُ فيه إلى ابْنِه إلى[1] حينِ القَبُولِ ، ولا يَعْتِقُ عليه .

٢٦٦٩ – مسألة : فما حَصَلَ مِن كَسْبٍ أو (نَماءٍ مُنْفَصِلٍ) فى المُوصَى به بعدَ مَوْتِ المُوصِى وقبلَ القَبُولِ ، كالوَلَدِ والثَّمَرَةِ والكَسْبِ (فهو للوَرَثَةِ) على الوَجْهِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه مِلْكُهم (فإن كان مُتَّصِلًا تَبِعَها) لأنَّه يَتْبَعُ فى العُقُودِ والفُسُوخِ .

الإنصاف

تنبيه : لهذا الخِلافِ فوائدُ كثيرةٌ ، ذكَرَها الأصحابُ . وذكَر المُصَنِّفُ هنا بعضَها ؛ منها ، حُكْمُ نَمائِه بينَ الموتِ والقَبُولِ . فإنْ قُلْنا : هو على مِلْكِ المُوصَى له . فهو له ، يُحْتَسَبُ عليه مِنَ الثُّلُثِ ، وإنْ قُلْنا : هو على مِلْكِ المَيْتِ . فتَتَوَفَّرُ به التَّرِكَةُ ، فيَزْدادُ به الثُّلُثُ . فعلى هذا ، لو وصَّى بعَبْدٍ لا يَمْلِكُ غيرَه ، وثَمَنُه عَشَرَةٌ ، فلم تُجزِ الوَرَثَةُ ، فكَسَبَ بينَ الموتِ والقَبُولِ خَمْسَةً ، دخَلَه الدَّوْرُ ، فتُجْعَلُ الوَصِيَّةُ شيئًا ، فتَصِيرُ التَّرِكَةُ عَشَرَةً ونِصْفَ شيءٍ ، تعْدِلُ الوَصِيَّةَ والمِيراثَ ، وهما ثلاثَةُ أشياءَ ، فيَخْرُجُ الشَّيءُ أرْبَعَةً بقَدْرِ خُمْسَىِ العَبْدِ ؛ وهو الوَصِيَّةُ ، وتَزْدادُ التَّرِكَةُ مِنَ العَبْدِ دِرْهَمَين ، فأمَّا بقِيَّتُه ، فزادَتْ على مِلْكِ الوَرَثَةِ ، وَجْهًا واحِدًا . قالَه فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وإنْ قُلْنا : هو على مِلْكِ الوَرَثَةِ . فهو لهم خاصَّةً . وذكَر القاضى فى « خِلافِه » ، أنَّ مِلْكَ المُوصَى له لا يتقدَّمُ القَبُولَ ، وأنَّ النَّماءَ قبلَه للوَرَثَةِ ، مع أنَّ العَيْنَ باقِيَةٌ على حُكْمِ مِلْكِ المَيْتِ ، فلا يتوفَّرُ

---

(١) سقط من : م .

الإنصاف

الثُّلُثُ . وذكَر أيضًا إذا قُلْنا : إنَّه مُراعًى ، وأنَّا نتَبيَّنُ بقَبُولِ[1] المُوصَى له مِلْكَه له[2] مِن حينِ الموتِ . فإنَّ النَّماءَ يكونُ للمُوصَى له مُعْتَبَرًا مِنَ الثُّلُثِ ؛ فإنْ خرَج مِنَ الثُّلُثِ مع الأَصْلِ ، فهما له ، وإلَّا كان له بقَدْرِ الثُّلُثِ ، فإنْ فضَلَ شيءٌ مِنَ الثُّلُثِ ، كان له مِنَ النَّماءِ . وقال فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والثَّمانِين » : إذا نَما المُوصَى بوَقْفِه بعدَ الموتِ ، وقبلَ إيقافِه ، فأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه يُصْرَفُ مَصْرِفَ الوَقْفِ ؛ لأنَّ نَماءَه قبلَ الوَقْفِ كنَمائِه بعدَه . وأفْتَى به الشَّيْخُ عِمادُ الدِّينِ السُّكَّرِيُّ الشَّافِعِيُّ[3] . قال الدَّمِيرِىُّ : وهو الظَّاهِرُ . وأجابَ بعضُهم بأنَّه للوَرَثَةِ . قلتُ : قد تقدَّم فى كتابِ الزَّكاةِ ، عندَ السَّائمَةِ المَوقوفَةِ ، ما يُشابِهُ ذلك ؛ وهو إذا أُوصىَ بدَراهِمَ فى وُجوهِ البِرِّ ، أو لِيُشْتَرَى بها ما يُوقَفُ ، فاتَّجَرَ بها الوَصِيُّ ، فقالوا : رِبْحُه مع أَصْلِ المالِ فيما وَصَّى به ، وإنْ خَسِرَ ضَمِنَ النَّقْصَ . نقلَه الجماعةُ . وقيل : رِبْحُه إرْثٌ . ومنها ، لو نقَص المُوصَى به فى سِعْرٍ أو صِفَةٍ . فقال فى « المُحَرَّرِ » : إنْ قُلْنا : يَمْلِكُه بالموتِ . اعْتُبِرَتْ قِيمَتُه مِنَ التَّرِكَةِ بسِعْرِه يومَ الموتِ على أدْنَى صِفاتِه مِن يومِ الموتِ إلى القَبُولِ ، وإنْ قُلْنا : يَمْلِكُه مِن حينِ القَبُولِ . اعْتُبِرَتْ قِيمَتُه يومَ القَبُولِ سِعْرًا وصِفَةً . انتهى . قال فى « القَواعِدِ » : والمَنْصوصُ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى روايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، وذكَر الخِرَقِيُّ ، أنَّه تُعْتَبَرُ قِيمَتُه يومَ الوَصِيَّةِ . ولم يحْكِ فى « المُغْنِى » فيه خِلافًا . فظاهِرُه ، أنَّه تُعْتَبَرُ قِيمَتُه بيَوْمِ الموتِ ، على الوُجوهِ كلِّها . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ،

(1) فى ط : « بملك » .
(2) سقط من : ط .
(3) عبد الرحمن بن عبد العلى ابن السكرى المصرى ، الشافعى ، عماد الدين ، قاضى القضاة بمصر . كان من البارعين فى الفقه ، له حواش على كتاب « الوسيط » فى الفقه . توفى سنة أربع وعشرين وستمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٨/ ١٧٠ - ١٧٢ .

المقنع

وَإِنْ كَانَتِ الوَصِيَّةُ بِأَمَةٍ فَوَطِئَهَا الْوَارِثُ قَبْلَ الْقَبُولِ وَأَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ لَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِلْوَصِيِّ لَهُ .

الشرح الكبير

٢٦٧٠ - مسألة : (وإن كانتِ الوَصِيَّةُ بأمَةٍ فَوَطِئَها الوارِثُ قبلَ القَبُولِ فأَوْلَدَها ، صارت أُمَّ وَلَدٍ له ، ووَلَدُها حُرٌّ) لأنه وَطِئَها في مِلْكِه (وعليه قِيمَتُها للوَصِيِّ) إذا قَبِلَها ؛ لأنَّه فوَّتَها عليه (ولا مَهْرَ عليه ، ولا تَلْزَمُه قِيمَةُ الوَلَدِ) لذلك . فإن قِيلَ : فكيف قَضَيْتُم بعتْقِها هٰهُنا ، وهى لا تَعْتِقُ بإعْتاقِها ؟ قلنا : الاسْتِيلادُ أقْوَى ، ولذلك يَصِحُّ مِن المَجْنُونِ ، والرّاهِنِ ، والأبِ ، والشَّرِيكِ المُعْسِرِ ، وإن لم يَنْفُذْ إعْتاقُهم . وعلى

الإنصاف

رَحِمَه اللهُ : هذا قولُ الخِرَقِىِّ ، وقُدَماءِ الأصحابِ . قال : وهو أوْجَهُ مِن كلامِ المَجْدِ . انتهى . قلتُ : وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « الفُروعِ » : ويُقَوَّمُ بسِعْرِه يومَ الموتِ ، ذكَرَه جماعةٌ ، ثم ذكَر ما فى « المُجَرَّدِ »[1] . وقال فى « التَّرْغيبِ » وغيرِه : وقْتَ الموتِ خاصَّةً . انتهى . ويأْتِى ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ المُوصَى به ، فى قوْلِه : وإنْ لم يأْخُذْه زَمانًا ، قُوِّمَ وَقْتَ الموتِ ، لا وقْتَ الأخْذِ . ومنها ، لو كانتِ الوَصِيَّةُ بأمَةٍ ، فوَطِئَها الوارِثُ قبلَ القَبُولِ ، وأوْلَدَها ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له ، ولا مَهْرَ عليه ، ووَلَدُه حُرٌّ ، لا تَلْزَمُه قِيمَتُه ، وعليه قِيمَتُها للمُوصَى له . هذا إنْ قُلْنا : إنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ إلَّا مِن حينِ القَبُولِ . ويمْلِكُها الوَرَثَةُ . وإنْ قُلْنا : لا يمْلِكُها الوارِثُ . لم تصِرْ أُمَّ وَلَدٍ . ومنها ، لو وَطِئَها المُوصَى له قبلَ القَبُولِ وبعدَ

(1) كذا بالفروع ، وبهامش الصفحة : فى مخطوطة الدار : « المحرر » . الفروع ٤/٦٨٤ .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِزَوْجَتِهِ فَأَوْلَدَهَا قَبْلَ الْقَبُولِ لَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَوَلَدُهُ رَقِيقٌ . وَمَنْ أَوْصِيَ لَهُ بِأَبِيهِ فَمَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ ، فَقَبِلَ ابْنُهُ ، عَتَقَ الْمُوصَى بِهِ حِينَئِذٍ ، وَلَمْ يَرِثْ شَيْئًا .

الشرح الكبير

الوَجْهِ الآخَرِ ، يكونُ وَلَدُه رَقِيقًا والأَمَةُ باقِيَةً على الرِّقِّ . فإن وَطِئَها المُوصَى له [1]قبلَ قَبُولِها ، كان ذلك قَبُولًا لها[1] ، ويَثْبُتُ المِلْكُ له به ؛ لأنَّه لا يجوزُ إلَّا فى المِلْكِ ، فإقْدامُه عليه دَلِيلٌ على اخْتِيارِه المِلْكَ ، فأشْبَهَ ما لو وَطِئَ مَن له الرَّجْعَةُ زَوْجَتَه الرَّجْعِيَّةَ ، أو وَطِئَ مَن له الخِيارُ فى البَيْعِ الأَمَةَ المَبِيعَةَ ، أو وَطِئَ مَن له خِيارُ فَسْخِ النِّكاحِ امرأتَه .

٢٦٧١ – مسألة : (وإن وَصَّى له بزَوْجَتِه فأوْلَدَها) بعدَ مَوْتِ المُوصِى و (قبلَ القَبُولِ ، فوَلَدُه رَقِيقٌ) للوارِثِ . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، يكونُ[2] حُرَّ الأصْلِ ، ولا وَلاءَ عليه ، وأُمُّه أُمُّ وَلَدٍ ؛ لأنَّها عَلِقَتْ منه بحُرٍّ فى مِلْكِه .

٢٦٧٢ – مسألة : (وإن وَصَّى له بأبِيه فمات قبلَ القَبُولِ ، فقَبِلَ

الإنصاف

الموتِ ؛ فإنْ قُلْنا : المِلْكُ له . فهى أُمُّ [٢٦٧/٢ظ] وَلَدِه ، وإلَّا فلا . ومنها ، لو وَصَّى له بزَوْجَتِه ، فأوْلَدَها قبلَ القَبُولِ ، لم تصِرْ أُمَّ وَلَدِه ، ووَلَدُه رَقيقٌ للوارِثِ ، ونِكاحُه باقٍ ، إنْ قُلْنا : لا يَمْلِكُها . وإنْ قُلْنا : يمْلِكُها بالموتِ . فوَلَدُه حُرٌّ ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدِه ، ويبْطُلُ نِكاحُه بالموتِ . ومنها ، لو وَصَّى له بأبِيه ، فماتَ قبلَ

(١ – ١) فى م : « قبل ذلك كان قبولا » .

(٢) بعده فى الأصل : « الموصى له » .

الشرح الكبير

ابنُه ، عَتَقَ المُوصَى به ، ولم يَرِثْ شيئًا) وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا وَصَّى له بأبيه ، فمات المُوصَى له بعدَ مَوْتِ المُوصِى وقبلَ الرَّدِّ والقَبُولِ ، فلوَارِثِه قَبُولُها ، [١٧٩/٥ و] على قولِ الخِرَقِىِّ . وهو الصحيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى . فإن قَبِلَها ابنُه ، صَحَّ ، وعَتَقَ عليه الجَدُّ ، ولم يَرِثْ مِن ابنِه شيئًا ؛ لأنَّ حُرِّيَّتَه إنَّما حَدَثَتْ حينَ القَبُولِ بعدَ أن صار المِيراثُ لغيرِه . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، تَثْبُتُ حُرِّيَّتُه مِن حينِ مَوْتِ المُوصِى ، ويَرِثُ مِن ابنِه السُّدْسَ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعىِّ : لا يَرِثُ أيضًا ؛ لأنَّه لو وَرِث لاعْتُبِرَ قَبُولُه ، ولا يجوزُ اعْتِبارُ قَبُولِه قبلَ الحُكْمِ بحُرِّيَّتِه ، وإذا لم يَجُزِ اعْتِبارُه لم يَعْتِقْ ، فيُؤَدِّى تَوْرِيثُه إلى إبْطالِ تَوْرِيثِه . وهذا فاسِدٌ ؛ فإنَّه لو أقَرَّ جَميعُ الوَرَثَةِ بمُشارِكٍ لهم فى المِيرَاثِ ، ثَبَتَ نَسَبُه ، ووَرِث ، مع أنَّه يَخْرُجُ المُقِرُّون

الإنصاف

القَبُولِ ، فقَبِلَ ابنُه ، وقُلْنا : يقُومُ الوارِثُ مَقامَه فى القَبُولِ . عتَق المُوصَى به حِينَئذٍ ، ولم يرِثْ شيئًا . إذا قُلْنا : إنَّما يمْلِكُه بعدَ القَبُولِ . وإنْ قُلْنا : يَمْلِكُه بالموتِ . فقد عتَق به ، فيكونُ حُرًّا عندَ موتِ أبِيه ، فيرِثُ منه . ومنها ، لو كانتِ الوَصِيَّةُ بمالٍ فى هذه الصُّورَةِ ؛ فإنْ قُلْنا : يثْبُتُ المِلْكُ بالموتِ . فهو مِلْكٌ للمَيِّتِ ، فتُوَفَّى منه دُيونُه ووَصاياه . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ؛ هو مِلْكٌ للوارِثِ الذى قَبِلَ . ذكَرَه فى « المُحَرَّرِ » . قال فى « القَواعِدِ » : ويتَخرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يكونُ مِلْكًا للمُوصَى له على كِلا الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ التَّمْليكَ حصَل له ، فكيف يصِحُّ المِلْكُ ابْتِداءً لغيرِه ؟ ومنها ، لو وَصَّى لرَجُلٍ بأرْضٍ ، فبَنَى الوارِثُ فيها وغرَس قبلَ القَبُولِ ، ثم قَبِلَ المُوصَى له ، ففى « الإرْشادِ » ، إنْ كان الوارِثُ عالِمًا بالوَصِيَّةِ ، قُلِعَ بِناؤُه وغَرْسُه مجَّانًا ، وإنْ كان جاهِلًا ، فعلى وَجْهَيْن . قال فى « القَواعِدِ » : وهو مُتَوَجِّهٌ

المقنع وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ الْمِلْكُ حِينَ الْمَوْتِ، فَتَنْعَكِسَ هَذِهِ الْأَحْكَامُ .

الشرح الكبير به عن كونهم جَمِيعَ الوَرَثَةِ . ومِن فُرُوعِ ذلك ، أنَّه لو مات المُوصَى له فقَبِلَ وارِثُه ، لثَبَتَ المِلْكُ للوارِثِ القابِلِ ابْتِداءً مِن جِهَةِ المُوصِى ، لا مِن جِهَةِ مَوْرُوثِه ، و لم يَثْبُتْ للمُوصَى له شيءٌ ، فحِينَئِذٍ لا تُقْضَى دُيُونه ولا تَنْفُذُ وصاياه ، ولا يَعْتِقُ مَن يَعْتِقُ عليه . فإن كان منهم مَن يَعْتِقُ على الوارِثِ ، عَتَقَ عليه ، وكان وَلاؤُه له دُونَ المُوصَى له . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، نَتبَيَّنُ أنَّ المِلْكَ كان ثابِتًا للمُوصَى له ، وأنَّه انْتَقَلَ منه إلى وارِثِه ، فتَنْعَكِسُ هذه الأحْكامُ ، فتُقْضَى دُيُونُه ، وتَنْفُذُ وصاياه ، ويَعْتِقُ مَن يَعْتِقُ عليه ، وله وَلاؤُه يَخْتَصُّ به الذُّكُورُ مِن وَرَثَتِه (ويَحْتَمِلُ أن يَثْبُتَ المِلْكُ مِن حينِ المَوْتِ ، فتَنْعَكِسَ هذه الأحْكامُ) وقد ذَكَرْناه .

فصل : وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ مُطْلَقَةً ومُقَيَّدَةً : فالمُطلَقَةُ ، أن يقولَ : إن مِتُّ فثُلُثِى للمَساكِينِ . أو : لزيدٍ . والمُقَيَّدَةُ ، أن يقولَ : إن مِتُّ فى مَرَضِى هذا . أو : فى هذه البَلْدَةِ . أو : فى سَفَرِى هذا ، فثُلُثِى للمَساكِينِ . فإن بَرَأ مِن مَرَضِه ، أو قَدِمَ مِن سَفَرِه ، أو خَرَجَ مِن البلدةِ ، ثم مات ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ المُقَيَّدَةُ دُونَ المُطْلَقَةِ . قال أحمدُ ، فى مَن وَصَّى وَصِيَّةً إن مات مِن مَرَضِه هذا أو مِن سَفَرِه هذا ، ولم يُغَيِّرْ وَصِيَّتَه ، ثم مات بعدَ ذلك : فليس له وَصِيَّةٌ . وبهذا قال الحسنُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ،

الإنصاف على القَوْلِ بالمِلْكِ بالموتِ . أمَّا إنْ قيلَ : هى قبلَ القَبُولِ على مِلْكِ الوارِثِ . فهو كبِناءِ المُشْتَرِى الشِّقْصَ المَشْفوعَ وغَرْسِه ، فيكونُ مُحْترَمًا ، يُتَمَلَّكُ بقِيمَتِه . قلتُ : وهو الصَّوابُ . ومنها ، لو بِيعَ شِقْصٌ فى شَرِكَةِ الوَرَثَةِ والمُوصَى له قبلَ

المقنع

فَصْلٌ : وَيَجُوزُ الرُّجُوعُ فِى الْوَصِيَّةِ .

الشرح الكبير

وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال مالكٌ : إن قال قولًا ، ولم يَكْتُبْ كِتابًا ، فهو كذلك ، وإن كَتَب كتابًا ثم صَحَّ مِن مَرَضِه ، وأقَرَّ الكِتابَ ، فوَصِيَّته بحالِها ما لم يَنْقُضْها . ولَنا ، أنَّها وصيةٌ بشَرْطٍ لم يُوجَدْ شَرْطُها ، فبَطَلَتْ ، كما لو لم يَكْتُبْ كتابًا ، أو كما لو وَصَّى لقَوْمٍ فماتُوا قبلَه ، ولأنَّه قَيَّدَ وَصِيَّته بقَيْدٍ ، فلا تَتَعدَّاه ، كما ذَكَرْنا . وإن قال لأحَدِ عَبْدَيْه : أنت حُرٌّ بعدَ مَوْتى . وقال للآخَرِ : أنت حُرٌّ إن مِتُّ مِن مَرَضِى هذا . فمات مِن مَرَضِه ، فالعَبْدانِ سَواءٌ فى التَّدْبيرِ . [٥/١٧٩ ظ] وإن بَرَأ مِن مَرَضِه ذلك ، بَطَل تَدْبيرُ المُقَيَّدِ وبَقِىَ تَدْبيرُ المُطْلَقِ بحالِه . ولو وَصَّى لرجلٍ بثُلُثِه ، وقال : إن مِتَّ قبلِى فهو لعمرٍو . صَحَّتْ وَصِيَّته على حَسَبِ ما شَرَطَه . وكذلك سائِرُ الشُّرُوطِ ، فإنّ النبىَّ ﷺ قال : « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »[1] .

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ويَجُوزُ الرُّجُوعُ فى الوَصِيَّةِ) اتَّفَقَ أهلُ العلمِ على أنَّ للمُوصِى أن يَرْجِعَ فى كلِّ ما وَصَّى به ، وفى بعضِه ،

الإنصاف

قَبُولِه ؛ فإنْ قُلْنا : المِلْكُ له مِن حينِ الموتِ . فهو شَرِيكٌ للوَرَثَةِ فى الشُّفْعَةِ ، وإلَّا فلا حقَّ له فيها . ومنها ، جرَيانُه مِن حينِ الموتِ فى حَوْلِ الزَّكاةِ ؛ فإنْ قُلْنا : يمْلِكُه المُوصَى له . جرَى فى حَوْلِه ، وإنْ قُلْنا : للوَرَثَةِ . فهل يجْرِى فى حَوْلِهم ، حتى لو تأَخَّرَ القَبُولُ سنَةً كانتْ زكاتُه عليهم ، أم لا ؛ لضَعْفِ مِلْكِهم فيه ، وتَزَلْزُلِه ، وتعلُّقِ حقِّ المُوصَى له به ، فهو كمالِ المُكاتَبِ ؟ قال فى « القَواعِدِ » : فيه ترَدُّدٌ . قلتُ : الثَّانى أوْلَى .

(١) تقدم تخريجه فى ١٠/١٤٩ .

المقنع

فَإِذَا قَالَ : قَدْ رَجَعْتُ فِي وَصِيَّتِي . أَوْ : أَبْطَلْتُهَا . وَنَحْوَ ذَلِكَ ، بَطَلَتْ .

الشرح الكبير

إلَّا الوَصِيَّةَ بالإعْتاقِ ، فقد اخْتُلِفَ فيها ، فالأكْثَرُون على جَوازِ الرُّجُوعِ فيها أيضًا . رُوِىَ ذلك عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : يُغَيِّرُ الرجلُ ما شاء مِن وَصِيَّتِه[1] . وبه قال عَطاءٌ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادَةُ ، ومالِكٌ ، والشافعىُّ ، وأحمدُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال الشَّعْبِىُّ ، وابنُ سِيرِينَ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، والنَّخَعِىُّ : يُغَيِّرُ ما شاء منها إلَّا العِتْقَ ؛ لأنَّه إعْتاقٌ بعدَ المَوْتِ ، فلم يَمْلِكْ تَغْيِيرَه ، كالتَّدْبِيرِ . ولَنا ، أنَّها وَصِيَّةٌ ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ عنها ، [2]كغيرِ العِتْقِ[2] ، ولأنَّها عَطِيَّةٌ تَنْجُزُ بالمَوْتِ ، فجاز له الرُّجُوعُ عنها قبلَ تَنْجِيزِها ، كهِبَةِ ما يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ قبلَ قَبْضِه . وأمّا التَّدْبِيرُ ، فلَنا فيه مَنْعٌ ، وإن سُلِّمَ ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تُفارِقُ التَّدْبِيرَ ، فإنَّه تَعْلِيقٌ على شَرْطٍ ، فلم يَمْلِكْ تَغْيِيرَه ، كتَعْلِيقِه[3] على صِفَةٍ فى الحَياةِ .

٢٦٧٣ – مسألة : (فإذا قال : قد رجعتُ فى وَصِيَّتِى . أو : أبْطلْتُها . أو نحوَ ذلك) كقولِه : غيَّرتُها (بَطَلَتْ) لأنَّه صريحٌ فى

الإنصاف

....

(١) أخرجه الدارمى ، فى : باب الرجوع عن الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٢/ ٤١٠ .
(٢ - ٢) سقط من : م .
(٣) فى م : « كتعليته » .

المقنع

وَإِنْ قَالَ فِي الْمُوصَى بِهِ : هَذَا لِوَرَثَتِي .أَوْ : مَاأَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ . كَانَ رُجُوعًا .وَإِنْ وَصَّى بِهِ لِآخَرَ وَلَمْ يَقُلْ ذَلِكَ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا .

الشرح الكبير

الرجوعِ (وإن قال فى المُوصَى به : هو لوَرَثَتى) أو : فى ميراثى . فهو رُجوعٌ ؛ لأنَّ ذلك يُنافِى كونَه وصيَّةً .

٢٦٧٤ - مسألة : وإن قال : (ما أوْصَيْتُ به لفُلانٍ فهو لفلانٍ . كان رُجُوعًا) وبه قال الشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا ؛ لأنَّه صَرَّحَ بالرُّجُوعِ عن الأوَّلِ بذِكْرِه أنَّ ما أوْصَى به مَرْدُودٌ إلى الثانِى ، أشْبَهَ مالو قال : رَجَعْتُ عن وَصِيَّتِى لفلانٍ وأوْصَيْتُ بها لفلانٍ .

٢٦٧٥ - مسألة : (وإن وَصَّى به لآخَرَ و لم يَقُلْ ذلك ، فهو بينَهما) إذا وَصَّى لإنسانٍ بمُعَيَّنٍ مِن مالِه ثم وَصَّى به لآخَرَ ، أو وَصَّى

الإنصاف

قوله[1] : وإذا قال فى المُوصَى به : هذا لوَرَثَتِى . أو : ما أوْصَيْتُ به لفُلانٍ فهو لفُلانٍ . كان رُجُوعًا - بلا خِلافٍ أعْلَمُه - وإن وَصَّى به لآخَرَ ولَمْ يقُلْ ذلك ، فهو بينَهما . هذا المذهبُ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : هذا المَشْهورُ فى المذهبِ . وجزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « العُمْدَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الخُلاصةِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ،

---

(١) فى ط : « ومنها » .

الشرح الكبير

لرجلٍ بثُلُثِه ثم وَصَّى لآخَرَ بثُلُثِه ، أو وَصَّى بجَمِيعِ مالِه لرجلٍ ثم وَصَّى به لآخَرَ ، فهو بينَهما ، وليس ذلك رُجُوعًا فى الوَصِيَّةِ الأولَى . وبه قال رَبيعَةُ ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال جابرُ بنُ زيدٍ ، والحسنُ ، وعَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، وداودُ : وَصِيَّته للأخِيرِ منهما ؛ لأنَّه وَصَّى للثانِى بما وَصَّى به للأوَّلِ ، فكان رُجُوعًا ، كما لو قال : ما وَصَّيْتُ به لفلانٍ فهو لفلانٍ . ولأن الثانيةَ تُنافِى الأُولَى ، فإذا أتَى بها كان رُجُوعًا ، [٥/١٨٠ و] كما لو قال : هذا لوَرَثَتِى . ولَنا ، أنَّه وَصَّى بها لهما ، فاسْتَوَيا فيها ، كما لو قال : وَصَّيْتُ لكما بهذه العَيْنِ . وما قاسُوا عليه صَرَّحَ فيه بالرُّجُوعِ عن وَصِيَّته للأوَّلِ ، وفى مسألتِنا يَحْتَمِلُ أنَّه قَصَد التَّشْرِيكَ ، فلم تَبْطُلْ وَصِيَّةُ الآخَرِ بالشَّكِّ.

فصل : إذا وَصَّى بعَبْدٍ لرجلٍ ثم وَصَّى لآخَرَ بثُلُثِه ، فهو بينَهما أرْباعًا . وعلى قولِ الآخَرِين يَنْبَغِى أن يكونَ للثانِى ثُلُثُه كامِلًا . وإن وَصَّى بعَبْدِه لاثْنَيْن ، فرَدَّ أحَدُهما وَصِيَّتَه ، فللآخَرِ نِصْفُه . وإن وَصَّى لاثْنَيْن بثُلُثَى مالِه ، فرَدَّ الوَرَثَةُ ذلك ، ورَدَّ أحَدُ الوَصِيَّيْن وَصِيَّتَه ، فللآخَرِ الثُّلُثُ كامِلًا ؛ لأنَّه وَصَّى له به مُنْفَرِدًا وزالتِ المُزاحَمَةُ ، فكَمُلَ له ، كما لو انْفَرَدَ به.

الإنصاف

و « الحارِثِىِّ » . وقيل : هو للثَّانى خاصَّةً . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . ونقَل الأَثْرَمُ ، يُؤْخَذُ بآخِرِ الوَصِيَّةِ . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : هو للأوَّلِ . فعلى المذهبِ ، أيُّهما ماتَ أو رَدَّ قبلَ موتِ المُوصِى ، كان للآخَرِ . قالَه الأصحابُ ، فهو اشْتِراكُ تَزاحُمٍ .

الشرح الكبير

فصل : إذا أقَرَّ الوارِثُ أنَّ أباه وَصَّى بالثُّلُثِ لرجلٍ ، وأقام آخَرُ شاهِدَيْن أنَّه أوْصَى له بالثُّلُثِ ، فرَدَّ الوارِثُ الوَصِيَّيْن ، وكان الوارِثُ رجلًا عَدْلًا ، وشَهِد بالوَصِيَّةِ ، حَلَف معه المُوصَى له ، واشْتَرَكا فى الثُّلُثِ . وبهذا قال أبو ثَوْرٍ . وهو قِياسُ قولِ الشافعيِّ . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : لا يُشارِكُه المُقَرُّ له . بناءً منهم على أنَّ الشّاهِدَ واليَمِينَ ليس بحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ . وقد ثَبَت أنَّ النبىَّ ﷺ قَضَى بشاهِدٍ ويَمِينٍ . رَواهُ مسلمٌ[1] . وإن كان المُقِرُّ ليس بعَدْلٍ ، أو كان امرأةً ، فالثُّلُثُ لمَن شَهِدَتْ له البَيِّنَةُ ؛ لأنَّ وَصِيَّتَه ثابتةٌ ، ولم تَثْبُتْ وَصِيَّةُ الآخَرِ . وإن لم يكنْ لواحدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، فأقَرَّ الوارِثُ أنَّه أقَرَّ لفُلانٍ بالثُّلُثِ ، أو بهذا العَبْدِ ، و[2] أقَرَّ لآخَرَ به بكلامٍ مُتَّصِلٍ ، فالمُقَرُّ به بينَهما . وبهذا قال أبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا . وإن أقَرَّ به لواحِدٍ ، ثم أقَرَّ به لآخَرَ فى مجلسٍ آخَرَ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه ؛ لأنه ثَبَت للأوَّلِ بإقْرارِه ، فلا يُقْبَلُ قولُه فيما يَنْقُصُ به حَقُّ الأوَّلِ ، إلَّا أن يكونَ عَدْلًا فيَشْهَدَ بذلك ويَحْلِفَ معه المُقَرُّ له ، فيُشارِكَه ، كما لو ثَبَت للأوَّلِ ببَيِّنَةٍ . وإن أقَرَّ للثانِى فى المَجْلِسِ بكَلامٍ مُنْفَصِلٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ حَقَّ الأوَّلِ ثَبَت فى الجميعِ ، فأشْبَهَ ما لو أقَرَّ له فى مَجْلِسٍ آخَرَ . والثانِى ، يُقْبَلُ ؛ لأنَّ المَجْلِسَ الواحِدَ كالحالِ الواحِدَةِ .

(١) فى : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧٧/٢ . وابن ماجه ، فى : باب القضاء بالشاهد واليمين ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٤٨/١ ، ٣١٥ ، ٣٢٣ .

(٢) فى م : « أو » .

المقنع وَإِنْ بَاعَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ ، أَوْ رَهَنَهُ ، كَانَ رُجُوعًا .

الشرح الكبير **٢٦٧٦** – مسألة : (وإن باعَه ، أو وَهَبَه ، أو رَهَنَه ، كان رُجُوعًا) إذا وَهَب المُوصَى به ، أو تَصَدَّقَ به ، أو أكَلَه ، أو أطْعَمَه ، أو أتْلفه ، أو كان ثَوْبًا ففَصَّلَه ولَبِسَه ، أو جارِيَةً فأحْبَلَها ، أو ما أشْبَهَ ذلك ، فهو رُجُوعٌ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن أحْفَظُ عنه مِن أهلِ العِلْمِ ، أنَّه إذا أوْصَى لرجلٍ بطَعامٍ فأكَلَه ، أو بشيءٍ فأتْلفَه ، أو وَهَبَه ، أو تَصَدَّقَ به ، أو بجارِيَةٍ فأحْبَلَها ، أو أوْلَدَها ، [٥/١٨٠ ظ] فإنَّه يكونُ رُجُوعًا ، وكذلك إن باعَها . وحُكِيَ عن أصحابِ الرَّأْيِ ، أنَّ بَيْعَه ليس برُجُوعٍ ؛ لأنَّه أخذَ بَدَلَه ، بخِلافِ الهِبَةِ . ولَنا ، أنَّه أزالَ مِلْكَه عنه ، فكان رُجُوعًا ، كما لو وَهَبَه . وإن عَرَضَه على البَيْعِ ، أو وَصَّى ببَيْعِه ، أو أوْجَبَ الهِبَةَ فلم يَقْبَلْها المَوْهُوبُ له ، كان رُجُوعًا ؛ لأنه يَدُلُّ على اخْتِيارِه للرُّجُوعِ ، ووَصِيَّتُه بِبَيْعِه أو إعْتاقِه رُجُوعٌ ، لكونِه وَصَّى بما يُنافِي الوَصِيَّةَ الأُولَى .

الإنصاف قوله : وإنْ باعَه ، أو وهَبَه ، أو رهَنَه ، كان رُجُوعًا . إذا باعَه ، أو وهَبَه ، كان رُجُوعًا ، بلا نِزاعٍ . وكذا إنْ رَهَنَه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقطَع به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقيل : ليس برُجوعٍ .

فوائد ؛ إحْداها ، لو أوْجَبَه فى البَيْعِ أو الهِبَةِ ، فلم يُقْبَلْ فيهما ، أو عَرَضَه لبَيْعٍ أو رَهْنٍ ، أو وَصَّى ببَيْعِه ، أو عِتْقِه أو هِبَتِه ، كان رُجوعًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ .

المقنع

وَإِنْ كَاتَبَهُ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أَوْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

وإن رَهَنَه ، كان رُجُوعًا ؛ لأنه عَلّقَ به حَقًّا يجوزُ بَيْعُه ، فكان أعْظَمَ مِن عَرْضِه على البَيْعِ . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه ليس برُجُوعٍ . وهو وَجْهٌ لأصحابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه لا يُزِيلُ المِلْكَ ، أشْبَهَ إجارَتَه .

٢٦٧٧ – مسألة : (وإن كاتَبَه ، أو دَبَّرَه ، أو جَحَد الوَصِيَّةَ ، فعلى وَجْهَيْن) أحَدُهما ، يكونُ رُجُوعًا ؛ لأنَّ الكِتابةَ بَيْعٌ ، والتَّدْبيرُ أقْوى مِن الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّه يَنْتَجِزُ بالموتِ ، فسَبَق أخْذَ المُوصَى له ، وجَحْدُ الوَصِيَّةِ

الإنصاف

نقَلَه الحارِثِيُّ . وصحَّحَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، فيما إذا أوْجَبه فى البَيْعِ ، أو وهَبَه ، ولم يُقْبَلْ . وقيل : ليس برُجوعٍ ؛ كإيجارِه وتَزْويجِه ، ومُجَرَّدِ لُبْسِه وسُكْناه ، وكوَصِيَّتِه بثُلُثِ مالِه فيتْلَفُ ، أو يبيعُه ، ثم يمْلِكُ مالًا غيرَه ، فإنَّه فى ذلك لا يكونُ رُجوعًا . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، وأطْلَقَهما فى « الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، فيما إذا أوْجَبَه فى بَيْعٍ ، أو هِبَةٍ ، أو رَهْنٍ ، فلم يُقْبَلْ . الثَّانيةُ ، لو قال : ما أوْصَيْتُ به لفُلانٍ فهو حَرامٌ عليه . فرُجوعٌ . ذكَرَه فى « الكافِى » . واقْتَصَرَ عليه الحارِثِيُّ ، ونَصَرَه . الثَّالثةُ ، لو وَصَّى بثُلُثِ مالِه ، ثم باعَه أو وَهَبَه ، لم يكُنْ رُجوعًا ؛ لأنَّ المُوصَى به لا يَنْحَصِرُ فيما هو حاضِرٌ ، بل فيما عندَ الموتِ . قالَه الحارِثِيُّ . قلتُ : فيُعايَى بها .

قوله : وإنْ كاتَبَه ، أوْ دَبَّرَه ، أوْ جحَد الوَصِيَّةَ ، فعلى وَجْهَيْن . إذا كاتَبَه ، أو دَبَّرَه ، أطْلَقَ المُصَنِّفُ فيهما وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ أحدُهما ، هو رُجوعٌ . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « المُجَرَّدِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى

المقنع فَإِنْ خلطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَتَمَيَّزُ ، أَوْ أَزَالَ اسْمَهُ فَطَحَنَ

الشرح الكبير رُجُوعٌ ؛ لأنَّه يَدُلُّ[1] على الرُّجُوعِ ، ولأنَّ جَحْدَه يَدُلُّ على أنَّه لا يريدُ إيصالَه إلى المُوصَى له . والثانى ، لا يكونُ رُجوعًا ؛ لأنَّ الكِتابَةَ والتَّدْبيرَ لا يَخْرُجُ بهما عن مِلْكِه ، ولأنَّ الوَصيةَ عَقْدٌ ، فلا تَبْطُلُ بالجُحُودِ ، كسائِرِ العُقُودِ . وهو رِوايَةٌ عن أبى حنيفةَ.

٢٦٧٨ – مسألة : (وإن خَلَطَه بغيرِه على وَجْهٍ لا يَتَميَّزُ) منه ، كان رُجُوعًا ؛ لأنَّه يَتَعَذَّرُ تَسْلِيمُه ، فيَدُلُّ على رُجُوعِه . وإن خَلَطَه بما يَتَمَيَّزُ منه ، لم يكن رُجُوعًا ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ . وإن (أزال اسْمَه ، فطَحَنَ

الإنصاف « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، فى الكِتابَةِ ، وصحَّحه الحارِثِىُّ فيهما . والوَجْهُ الثَّانى ، ليس ذلك برُجوعٍ . وأطْلَقَ [٢/٢٦٨و] فيما إذا جحَد الوَصِيَّةَ الوَجْهَيْن ، وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ؛ أحدُهما ، ليس برُجوعٍ . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الكافِى » . والوجْهُ الثَّانى ، هو رُجوعٌ . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » . وقيَّد الخِلافَ بما إذا عَلِمَ . وهو مُرادُ مَن أطْلَقَ . واللهُ أعلمُ .

قوله : وإنْ خلطَه بغيرِه على وَجْهٍ لا يَتَمَيَّزُ ، أوْ أزالَ اسمَه ، فطحَن الحِنْطَةَ ، أو خبزَ الدَّقيقَ ، أو جعَل الخُبْزَ فَتِيتًا ، أو نسج الغَزْلَ ، أوْ نَجر الخَشَبَةَ بابًا ونحوَه ، أوِ

---

(١) فى م : « لا يدل » .

المقنع

الْحِنْطَةَ أَوْ خبزَ الدَّقِيقَ ، [١٦٢ظ] أَوْ جعَلَ الْخُبْزَ فَتِيتًا ، أَوْ نَسَجَ الْغَزْلَ ، أَوْ نَجرَ الْخَشَبَةَ بَابًا وَنَحْوَهُ ، أَوِ انْهَدَمَتِ الدَّارُ وَزَالَ اسْمُهَا ، فَقَالَ الْقَاضِى : هُوَ رُجُوعٌ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

الحِنْطَةَ) أو عَجَن الدَّقِيقَ ، أو خبز العَجِينَ[1] (أو جَعَلَ الخُبْزَ فَتِيتًا) فهو رُجُوعٌ ؛ لأنَّه أزال اسْمَه . وذَكَرَه القاضِى ؛ لأنه أزال اسْمَه وعَرَّضَه للاسْتِعْمالِ ، وذلك دَلِيلٌ على رُجُوعِه . وبهذا قال الشافعىُّ . وعلى قِياسِ ذلك إذا (نَجر الخَشَبَةَ بابًا ونحوَه) لأنَّه أزال اسْمَه ، فهو فى مَعْناه . وإن كان قُطْنًا أو كَتَّانًا فغَزَلَه ، أو غَزْلًا فنَسَجه ، أو ثَوْبًا فقطَعَه ، أو نُقْرَةً[2] فضَرَبَها ، أو شاةً فذَبَحها ، كان رُجُوعًا . وبه قال أصحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ فى ظاهِرِ مَذْهَبِه . واخْتارَ أبو الخَطّابِ ، أنَّه ليس برُجُوعٍ . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه لا يُزِيلُ اسْمَه . ولَنا ، أنَّه عَرَّضَه للاسْتِعْمالِ ، فكان رُجُوعًا ؛ لأنَّ فِعْلَه يَدُلُّ على الرُّجُوعِ . وقولُهم : إنَّه لا يُزِيلُ اسْمَه . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ الثَّوْبَ لا يُسَمَّى غَزْلًا ، والغَزْلَ لا يُسَمَّى كَتَّانًا .

الإنصاف

انْهَدَمَتِ الدَّارُ وزالَ اسمُها ، فقال القاضِى : هُوَ رُجُوعٌ . وذكَر أَبُو الخَطَّابِ فيه وَجْهَيْن . اعلَمْ أنَّه إذا خَلَطَه بغيرِه على وَجْهٍ لا يتميَّزُ ، أو أزالَ اسمَه ، فطحَن الحِنْطَةَ ، أو خبَز الدَّقِيقَ ، ونحوَه ، وكذا لو زالَ اسمُه بنَفْسِه ، كانْهِدامِ الدَّارِ أو بعضِها ، فقال القاضى : هو رُجوعٌ . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ،

---

(١) فى م : « الحنطة » .

(٢) فى م : « بقرة » .

الشرح الكبير

فصل : وإن حَدَث بالمُوصَى به ما يُزِيلُ اسْمَه مِن غيرِ[1] فِعْلِ المُوصِى ، مِثْلَ أن سَقَط الحَبُّ فى الأرْضِ فصار زَرْعًا ، أو انْهَدَمَتِ الدّارُ فصارت فَضاءً فى حَياةِ المُوصِى ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ بها ؛ لأنَّ الباقِىَ لا يَتناوَلُه

الإنصاف

و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : ليس برُجوعٍ . قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، واخْتارَه . وقدَّمه فى « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وصحَّحه فى « الخُلاصةِ » . وقال فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والعِشْرين » : لو وَصَّى له برَطْلٍ مِن زَيْتٍ مُعَيَّنٍ ، ثم خلَطَه بزَيْتٍ آخَرَ ؛ فإنْ قُلْنا : هو اشْتِراكٌ . لم تَبْطُلِ الوَصِيَّةُ ، وإنْ قُلْنا : هو اسْتِهْلاكٌ . بَطَلَتْ . والمَنْصوصُ فى رِوايَةِ عَبْدِ اللهِ ، وأبى الحارِثِ ، أنَّه اشْتِراكٌ . واخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، والقاضى ، وغيرُهما . قالَه قبلَ ذلك . وأمَّا إذا عَمِلَ الخُبْزَ فَتِيتًا ، أو نسَج الغَزْلَ ، أو عَمِلَ الثَّوْبَ قَمِيصًا ، أو ضرَب النُّقْرَةَ دَراهِمَ ، أو ذبَح الشَّاةَ ، أو بنَى ، أو غرَس ، ففيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وأطْلَقَهما فى « الكافِى » ، و « النَّظْمِ » ، فى البِناءِ والغِراسِ ؛ أحدُهما ، هو رُجوعٌ . وهو الصَّحيحُ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ - فى غيرِ البِناءِ والغِراسِ - والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ مُطْلَقًا . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » فيما ذَكَرَه المُصَنِّفُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » ، فى غيرِ البِناءِ والغِراسِ ، وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » ، فى غيرِ البِناءِ والغِراسِ . وصحَّحه الحارِثِىُّ أيضًا . والوَجْهُ الثَّانى ، ليس برُجوعٍ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . قال فى « الخُلاصةِ » : لم

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِقَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ ، ثُمَّ خَلَطَ الصُّبْرَةَ بِأُخْرَى ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا .

الشرح الكبير

الاسْمُ . وهو اخْتِيارُ القاضى . وذَكَر أبو الخَطّابِ ، [٥/١٨١ و] فى الدّارِ إذا انْهَدَمَتْ وزال اسْمُها وَجْهًا ، أنَّه لا يكونُ رُجُوعًا ؛ لأنَّ المُوصِىَ لم يَقْصِدْ ذلك . والأوَّلُ أوْلَى . وإن كان انْهِدامُ الدّارِ لا يُزِيلُ اسْمَها ، سُلِّمَتْ إليه .

٢٦٧٩ – مسألة : (وإن وَصَّى له بقَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ ، ثم خَلَط الصُّبْرَةَ بأُخْرَى ، لم يكن رُجُوعًا) سَواءٌ خَلَطَها بمِثْلِها ، أو خَيْرٍ منها ، أو دُونِهَا ؛

الإنصاف

يكُنْ رُجوعًا فى الأصحِّ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو وَصَّى له بدارٍ ، فانْهدَمَتْ ، فأعادَها ، فالمذهبُ بُطْلانُ الوَصِيَّةِ . قال فى « القَواعِدِ » : هذا المَشْهورُ ، ولا تعودُ بعَوْدِ البناءِ . ويتوجَّهُ عَوْدُها ، إنْ أعادَها بآلَتِها القديمَةِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا تبْطُلُ الوَصِيَّةُ بكُلِّ حالٍ . الثَّانيةُ ، وَطْءُ الأمَةِ ليس برُجوعٍ إذا لم تحْمِلْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الكافِى » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وفى « المُغْنِى » احْتِمالٌ بالرُّجوعِ . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : وإنْ أوْصَى بأمَةٍ ، فوَطِئَها وعزَل عنها ، وقيل : أو لم يعْزِلْ عنها . ولم تحْبَلْ ، فليس برُجوعٍ . وذكَر ابنُ رَزِينٍ فيه وَجْهَيْن .

قوله : وإنْ وصَّى له بقَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ ، ثمَّ خلَط الصُّبْرَةَ بأُخْرَى ، لم يكُنْ رُجُوعًا . سواءٌ خلَطَه بدُونِه ، أو بمِثْلِه ، أو بخَيْرٍ منه . وهذا المذهبُ . جزَم به فى

الشرح الكبير

لأنَّه كان مُشاعًا ، وبَقِىَ مُشاعًا ، وقِيلَ : إن خَلَطَه بخيرٍ منه ، كان رُجُوعًا ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه تَسْلِيمُ المُوصَى به إلَّا بتَسْلِيمِ خَيْرٍ منه ، ولا يَجِبُ على الوارِثِ تَسْلِيمُ خَيْرٍ منه ، فصار مُتَعَذِّرَ التَّسْلِيمِ ، بخِلافِ ما إذا خَلَطَه بمِثْلِه أو دُونِه .

الإنصاف

« المُحَرَّرِ » ، و « الكافِى » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . قال فى « الهِدايَةِ » : فإنْ وصَّى بطَعامٍ ، فخَلَطَه بغيرِه ، لم يكُنْ رُجوعًا . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » . وقيل : هو رُجوعٌ مُطْلَقًا . صحَّحه النَّاظِمُ . وأطْلَقَهما فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والعِشْرِين » ، وقال : هما مَبْنِيَّان [(1)على أنَّ(1)] الخَلْطَ هل هو اسْتِهْلاكٌ ، أوِ اشْتِراكٌ ؟ فإنْ قُلْنا : هو اشْتِراكٌ . لم يكُنْ رُجوعًا ، وإلَّا كان رُجوعًا . قلتُ : تقَدَّمَتْ هذه المَسْأَلَةُ فى كتابِ الغَصْبِ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه اشْتِراكٌ . وقيل : هو رُجوعٌ إنْ خَلَطَه بخَيْرٍ[(2)] منه ، وإلَّا فلا . وجزَم به فى « النَّظْمِ » . واخْتارَه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » وغيرُه . قال الحارِثِىُّ : وهو مَفْهومُ إيرادِ القاضى فى « المُجَرَّدِ » . وأطْلَقَ فى « الفُروعِ » ، فيما إذا خَلَطَه بخَيْرٍ منه ، الوَجْهَيْن . قال فى « الرِّعايتَيْن » : وإنْ وصَّى بقَفِيزٍ منها ، ثم خلَطَها بخَيْرٍ منها ، فقد رجَع ، وإلَّا فلا . قال فى « الكُبْرَى » : قلتُ : إنْ خَلَطَها بأرْدَأَ منها صِفَةً ، فقد رجَع ، وإنْ خَلَطَها بمِثْلِها فى الصِّفَةِ ، فلا . وقيل : لا يرْجِعُ بحالٍ .

فائدةٌ : لو وصَّى له بصُبْرَةِ طَعامٍ ، فخَلَطَها بطَعامٍ غيرِها ، ففيه وَجْهان

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ زَادَ فِى الدَّارِ عِمَارَةً ، أَوِ انْهَدَمَ بَعْضُهَا ، فَهَلْ يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى لَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٦٨٠ – مسألة : (وإن زاد فى الدّارِ عِمارَةً ، أو انْهَدَمَ بعضُها ، فهل يَسْتَحِقُّه المُوصَى له ؟ على وَجْهَيْن) أحَدُهما ، لا يَسْتَحِقُّه ؛ لأنَّ

الإنصاف

مُطْلَقان . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن » ؛ أحدُهما ، لا يكُونُ رُجوعًا . جزَم به فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، إلَّا أنْ تكونَ النُّسْخَةُ مغْلوطَةً . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُحَرَّرِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يكُونُ رُجوعًا . قال الحارِثِىُّ : لو خلَط الحِنْطَةَ المُعَيَّنَةَ بحِنْطَةٍ أُخْرَى ، فهو رُجوعٌ . قطَع به المُصَنِّفُ ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم . انتهى . فهذا هو المذهبُ . صحَّحه الحارِثِىُّ . وقال فى « الرِّعايةِ [٢٦٨/٢ظ] الكُبْرى » : (١)وقيل : إنْ خلَطَها مِنَ الطَّعامِ بمِثْلِها قَدْرًا وصِفَةً ، فعَدَمُ الرُّجوعِ أظْهَرُ . وإنِ اخْتَلَفا قَدْرًا أو صِفَةً ، أوِ احْتَمَلَ ذلك ، فالرُّجوعُ أظْهَرُ ؛ لتَعَذُّرِ الرُّجوعِ بالمُوصَى به .

قوله : وإنْ زادَ فى الدَّارِ عِمارَةً ، أوِ انْهَدَمَ بعضُها ، فهل يسْتَحِقُّه المُوصَى له ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، فيما إذا زادَ فيها عِمارَةً ؛ أحدُهما ، لا يسْتَحِقُّه . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . والثَّانى ، يسْتَحِقُّه . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى(١)

(١ – ١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

الزِّيادَةَ لم تَتناوَلْها الوصيةُ ، والأَنْقاضَ لا تَدْخُلُ فى مُسَمَّى الدارِ ، وإنَّما يَتْبَعُ الدارَ فى الوصيةِ ما[1] يَتْبَعُها فى البَيْعِ . والوَجْهُ الآخَرُ ، يَدْخُلانِ فى الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ تابعَةٌ للمُوصَى به ، فأَشْبَهَ سِمَنَ العَبْدِ وتَعْلِيمَه ، والمُنْهدِمُ قد دَخَل فى الوصيةِ ، فتَبْقَى الوصيةُ ببَقائِه .

فصل : نَقَل الحسنُ بنُ ثَوَابٍ ، عن أحمدَ ، فى رجلٍ قال : هذا ثُلُثِى لفُلانٍ ، ويُعْطَى فُلانٌ منه مائةً فى كلِّ شهرٍ إلى أن يَمُوتَ . فهو للآخَرِ منهما ، ويُعْطَى هذا مائةً فى كلِّ شهرٍ ، فإن مات وفَضَل شىءٌ ؛ رُدَّ إلى صاحِبِ الثُّلُثِ . فحَكَمَ بصِحَّةِ الوَصِيَّةِ وإنْفاذِها ، على ما أمَرَ به المُوصِى .

الإنصاف

[2]الصَّغِيرِ » . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » ، فيما إذا زادَ فى الدَّارِ عِمارَةً : لا يأْخُذُ نَماءً مُنْفَصِلًا . وفى مُتَّصِلٍ وَجْهان . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى »[2] : وقلتُ : الأَنْقاضُ له ، والعِمارَةُ إرْثٌ . وقيل : إنْ صارَتْ فَضاءً فى حياةِ المُوصِى ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، وإنْ بَقِىَ اسْمُها أَخَذَها ، إلَّا ما انْفَصَلَ منها .



فائدتان ؛ إحْداهما ، لو بَنَى الوارِثُ فى الدَّارِ ، وكانتْ تخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، فقِيل : يرْجِعُ على المُوصَى له بقِيمَةِ البِناءِ . قدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقيل : لا يرْجِعُ ، وعليه أرْشُ ما نقَص مِنَ الدَّارِ عمَّا كانتْ عليه قبلَ عِمارَتِه . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وإنْ جَهِلَ الوَصِيَّةَ ، فله قِيمَتُه غيرَ مقْلُوعٍ . الثَّانيةُ ، لو أوْصَى له

---

(1) فى م : « وما » .

(2 - 2) زيادة من : ا .

المقنع

وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ ثُمَّ قَالَ : إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ فَهُوَ لَهُ . فَقَدِمَ فِى حَيَاةِ الْمُوصِى ، فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ قَدِمَ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَهُوَ لِلْأَوَّلِ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِى الْآخَرِ ، هُوَ لِلْقَادِمِ .

الشرح الكبير

٢٦٨١ – مسألة : (وإن وَصَّى لرجلٍ) بشىءٍ (ثم قال : إن قَدِم فلانٌ فهو له . فقَدِمَ فى حَياةِ المُوصِى ، فهو له) لأنَّه جَعَلَه له بشرْطِ قُدُومِه ، وقد وُجِد الشَّرْطُ (وإن قَدِم بعدَ مَوْتِ المُوصِى ، فهو للأَوَّلِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن) لأنَّه لَمّا مات قبلَ قُدُومِه انْتَقَلَ إلى الأوَّلِ ، لعَدَمِ الشَّرْطِ فى الثانِى ، وقَدِم الثانى بعدَ مِلْكِ الأَوَّلِ له وانْقِطاعِ حَقِّ المُوصِى منه ، فيَبْقَى للأَوَّلِ . ذَكَرَه القاضى (وفى الوَجْهِ الثانى ، هو للقادِمِ) لأنَّه مَشْرُوطٌ له بقُدُومِه ، فأَشْبَهَ ما لو قال : إن حَمَلَتْ نَخْلَتِى بعدَ مَوْتِى فهو لفلانٍ . فحَمَلَتْ بعدَ مَوْتِه ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ حَمْلَها بعدَ مِلْكِ الوَرَثَةِ لأَصْلِها .

الإنصاف

بدارٍ ، دخَل فيها ما يدْخُلُ فى البَيْعِ . قالَه الأصحابُ . ونقَل ابنُ صَدَقَةَ[1] فى مَن وصَّى بكَرْمٍ وفيه حَمْلٌ ، فهو للمُوصَى له . ونقَل غيرُه ، إنْ كان يومَ وَصَّى به له فيه حَمْلٌ ، فهو له . قال فى « عُيونِ المَسائلِ » : لا يَلْزَمُ الوارِثَ سَقْىُ ثَمَرَةٍ مُوصَى بها ؛ لأنَّه لم يضْمَنْ تَسْلِيمَ هذه الثَّمَرَةِ إلى المُوصَى له ، بخِلافِ البَيْعِ .

قوله : وإنْ وصَّى لرَجُلٍ ثمَّ قال : إنْ قَدِمَ فُلانٌ فهو له . فقَدِمَ فى حياةِ المُوصِى ، فهُو لَه – بلا نِزاعٍ – وإنْ قَدِمَ بعدَ مَوْتِه ، فهو للأَوَّلِ ، فى أَحَدِ

---

(١) أحمد بن محمد بن عبد الله بن صدقة البغدادى ، أبو بكر . الإمام الحافظ المتقن الفقيه ، حدث عن الإمام أحمد بمسائل . توفى سنة ثلاث وتسعين ومائتين . سير أعلام النبلاء ١٤/٨٣ ، ٨٤ .

الشرح الكبير

فصل : إذا أَوْصَى بأَمَةٍ لزَوْجِها الحُرِّ فقبِلَها ، انْفَسَخَ النِّكاحُ ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يَجْتَمِعُ مع مِلْكِ اليَمينِ . وظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّ المُوصَى له إنَّما مَلَكَ المُوصَى به بالقَبُولِ ، فحِينَئِذٍ يَنْفَسِخُ النِّكاحُ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه إذا قَبِل ، تَبَيَّنَّا أنَّ المِلْكَ كان ثابِتًا مِن حينِ مَوْتِ المُوصِى ، فتَبَيَّنَ أنَّ النِّكاحَ انْفَسَخَ مِن حينِ مَوْتِ المُوصِى . فإن أتت بوَلَدٍ ، لم يَخْلُ مِن ثلاثةِ أحْوالٍ ؛ أحَدُها ، أن تكونَ حامِلًا به[1] حينَ الوصيةِ ، ويُعْلَمُ ذلك بأن تأْتِيَ به لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ منذ أوْصَى ، فالصَّحِيحُ [١٨١/٥ ظ] أنَّه يكونُ مُوصًى به معها ؛ لأنَّ للحَمْلِ حُكْمًا ، ولهذا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ به وله ، وإذا صَحَّتِ الوصيةُ به مُنْفَرِدًا ، صَحَّتْ به مع أُمِّه ، فيَصِيرُ كما لو كان مُنْفَصِلًا ، فأوْصَى بهما جميعًا . وفيه وَجْهٌ[1] آخَرُ ، لا حُكْمَ للحَمْلِ ، فلا يَدْخُلُ في الوصيةِ ، وإنَّما يَثْبُتُ له الحُكْمُ عندَ انْفِصالِه ، كأنَّه حَدَث حِينَئِذٍ . فعلى هذا ، إنِ انْفَصَلَ في حَياةِ المُوصِى ، فهو له[1] ، كسائِرِ كَسْبِها ، وإنِ انْفَصَلَ بعدَ مَوْتِه وقبلَ القَبُولِ ، فهو للوَرَثَةِ ، على ظاهِرِ المَذْهَبِ ، وإنِ انْفَصَلَ بعدَه ، فهو للوَصِيِّ[2] . الحالُ الثانِي ، أن تَحْمِلَ به بعدَ الوصيةِ ، ويُعْلَمُ ذلك بأن تَضَعَه بعدَ سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن حينَ أوْصَى ؛ لأنَّها وَلَدَتْه لمُدَّةِ الحَمْلِ بعدَ الوَصِيَّةِ ، فيَحْتَمِلُ أنَّها حَمَلَتْه بعدَها ، فلم تَتَناوَلْه ، والأصْلُ عَدَمُ الحَمْلِ حالَ الوَصيةِ ، فلا نُثْبِتُه بالشَّكِّ ، فيكونُ مَمْلُوكًا

الإنصاف

الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . صحَّحه في « التَّصْحيحِ » . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . واخْتارَه القاضى . وقدَّمه في « الفُروعِ » ، و « الخُلاصةِ » ،

(١) سقط من : م .
(٢) في م : « للموصى » .

الشرح الكبير

لِلْمُوصِى إن وَلَدَتْه فى حَياتِه ، وإن وَلَدَتْه بعدَه ، وقُلْنا : للحَمْلِ حُكْمٌ . فكذلك . وإن قُلْنا : لا حُكْمَ له . فهو للوَرَثَةِ إن وَلَدَتْه قبلَ القَبُولِ ، ولأبيه إن وَلَدَتْه بعدَه . وكلُّ مَوْضِعٍ كان الوَلَدُ للمُوصَى له ، فإنَّه يَعْتِقُ عليه بأنَّه ابنُه ، وعليه وَلاءٌ لأبيه ؛ لأنَّه عَتَقَ عليه بالقَرابَةِ ، وأُمُّه أمَةٌ يَنْفَسِخُ نِكاحُها بالمِلْكِ ، ولا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّها لم تَعْلَقْ منه بحُرٍّ فى مِلْكِه . الحالُ الثالثُ ، أن تَحْمِلَ بعدَ مَوْتِ المُوصِى وقبلَ القَبُولِ ، ويُعْلَمُ ذلك بأن تَضَعَه لأكْثَرَ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن حين المَوْتِ ، فإن وَضَعَتْه قبلَ القَبُولِ ، فهو للوارِثِ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّ المِلْكَ إنَّما يَثْبُتُ للمُوصَى له بعدَ القَبُولِ . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، يكونُ للمُوصَى له . وإن وَضَعَتْه بعدَ القَبُولِ فكذلك ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّ للحَمْلِ حُكْمًا ، فيكونُ حادِثًا على مِلْكِ الوارِثِ . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، يكونُ للمُوصَى له . فعلى هذا ، يكونُ حُرًّا لا وَلاءَ عليه ؛ لأنَّها أُمُّ وَلَدٍ لكونِها عَلِقَتْ منه بحُرٍّ فى مِلْكِه ، فهو كما لو حَمَلَتْ به بعدَ القَبُولِ . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى هذا الفَصْلِ قَرِيبٌ ممّا قُلْناه . وقال أبو حنيفةَ : إذا وَضَعَتْه بعدَ مَوْتِ المُوصِى ، دَخَل فى الوصيةِ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّها تَسْتَقِرُّ بالمَوْتِ وتَلْزَمُ ، فوَجَبَ أن تَسْرِىَ إلى الوَلَدِ ، كالاسْتِيلادِ . ولَنا ، أنَّها زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ حادِثَةٌ بعدَ عَقْدِ الوصيةِ ، فلا تَدْخُلُ فيها ، كالكَسْبِ ، وكما لو وَصَّى بعِتْقِ جارِيَةٍ فوَلَدَتْ ، ويُفارِقُ الاسْتِيلادَ ؛ لأنَّ

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، واخْتارَه القاضى . وفى الآخَرِ ، هو للقادِمِ . وهو احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « الشَّرْحِ » .

المقنع

فَصْلٌ : وَتُخْرَجُ الْوَاجِبَاتُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، أَوْصَى بِهَا

الشرح الكبير

له تَغْلِيبًا وسِرايَةً . وهذا التَّفْرِيعُ فيما إذا خَرَجَتْ مِن الثُّلُثِ ، وإن لم تَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ ، مَلَكَ منها بقَدْرِ الثُّلُثِ ، وانْفَسَخَ النِّكاحُ ؛ لأنَّ مِلْكَ بعضِها يَفْسَخُ النِّكاحَ ، كمِلْكِ جَميعِها . وكلُّ مَوْضِعٍ يكونُ الوَلَدُ [١٨٢/٥ و] لأبيه ، فإنَّه يكونُ له منه هٰهُنا بقَدْرِ ما مَلَكَ مِن أُمِّه ، ويَسْرِى العِتْقُ إلى باقِيه إن كان مُوسِرًا ، وإن كان مُعْسِرًا فقد عَتَقَ منه ما مَلَكَ وَحْدَه . وكلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : تكونُ أُمَّ وَلَدٍ . فإنَّها تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ هٰهُنا ، سواءٌ كان مُوسِرًا أو مُعْسِرًا ، على قولِ الخِرَقِيِّ ، كما إذا اسْتَوْلَدَ الأمَةَ المُشْتَرَكَةَ . وقال القاضى : يَصِيرُ منها أُمَّ وَلَدٍ بقَدْرِ ما مَلَكَ منها . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . واللهُ أعلمُ .

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وتُخْرَجُ الواجباتُ مِن رَأْسِ المالِ ، أَوْصَى بها أو لم يُوصِ) كقَضاءِ الدَّيْنِ ، والحَجِّ ، والزكاةِ ؛ لأنَّ حَقَّ الوَرَثَةِ بعدَ أداءِ الدَّيْنِ ؛ لقَوْلِه سبحانه : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ

الإنصاف

قوله : وتَخْرُجُ الواجِباتُ مِن رَأْسِ المالِ ، أَوْصَى بها أو لم يُوصِ ، فإنْ وَصَّى معها بتَبَرُّعٍ ، اعْتُبِرَ الثُّلُثُ مِنَ البَاقِى . بعدَ إخْراجِ الواجِبِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . ونقَل ابنُ إبْراهِيمَ ، فى حَجٍّ لم يُوصِ به ، وزَكاةٍ ، وكفَّارَةٍ ، مِنَ الثُّلُثِ . ونقَل أيضًا ، مِن رأْسِ مالِه ، مع عِلْمِ الوَرَثَةِ . ونقَل عنه فى زَكاةٍ ، مِن كلِّه مع صَدَقَةٍ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، إذا لم يَفِ مالُه بالواجِبِ الذى عليه ، تَحاصُّوا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ مُطْلَقًا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه . وعنه ، تُقَدَّمُ

المقنع

أَوْ لَمْ يُوصِ . فَإِنْ وَصَّى مَعَهَا بِتَبَرُّعٍ ، اعْتُبِرَ الثُّلُثُ مِنَ الْبَاقِي .

الشرح الكبير

دَيْنٍ ﴾[1] . وقال عليٌّ ، رَضِيَ اللهُ عنه : إنَّ رَسولَ اللهِ ﷺ قَضَى[2] بالدَّيْنِ قبلَ الوَصِيَّةِ . رَواه التِّرْمِذِيُّ[3] . والواجِبُ لحَقِّ اللهِ سبحانه بمَنْزَلةِ الدَّيْنِ ، لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « دَيْنُ اللهِ أحَقُّ أن يُقْضَى »[4] (فإن وَصَّى معها بتَبَرُّعٍ ، اعْتُبِرَ الثُّلُثُ مِن الباقِي) فيُخْرَجُ الواجِبُ أوَّلًا مِن رَأْسِ المالِ ، ثم يُخْرَجُ ثُلُثُ الباقِي ، كمن تكونُ تَرِكَتُه أرْبَعِينَ ، فيُوصِي بثُلُثِ مالِه وعليه دَيْنٌ عَشَرَةٌ ، فتُخْرَجُ العَشَرَةُ أوَّلًا ، وتُدْفَعُ إلى المُوصَى له بالثُّلُثِ عَشَرَةٌ ، وهى ثُلُثُ الباقِي بعدَ الدَّيْنِ .

الإنصاف

الزَّكاةُ على الحَجِّ . اخْتارَه جماعَةٌ . ونقَل عَبْدُ اللهِ ، يُبْدَأُ بالدَّيْنِ . وذكَرَه جماعَةٌ قوْلًا ، كتَقْديمِه بالرَّهِينَةِ . وتقدَّم ذلك ، والذى قبلَه ، بأَتَمَّ مِن هذا ، فى أواخِرِ كتابِ الزَّكاةِ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فليُرَاجَعْ . وتقدَّم إذا وجَبَ عليه الحَجُّ وعليه دَيْنٌ ، وضاقَ المالُ عن ذلك ، فى أواخِرِ كتابِ الحَجِّ . الثَّانيةُ ، المُخْرِجُ لذلك وَصِيُّه ، ثم وارِثُه ، ثم الحاكِمُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقيل : الحاكِمُ بعدَ الوَصِيِّ . وهو احْتِمالٌ لصاحِبِ « الرِّعايَةِ » . فإنْ أخْرَجَه مَن لا وِلايَةَ له عليه مِن مالِه بإذْنٍ ، أجْزَأَ ، وإلَّا فوَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : الصَّوابُ الإجْزاءُ . وتقدَّم فى حُكْمِ قَضاءِ الصَّوْمِ ما يشْهَدُ لذلك . وأطْلَقَهما أيضًا فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

---

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) فى م : « بدأ » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٦ .

(٤) تقدم تخريجه فى ٦/٢٦٠ .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : أَخْرِجُوا الْوَاجِبَ مِنْ ثُلُثِى . فَقَالَ الْقَاضِى : يُبْدَأُ بِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ شَىْءٌ فَهُوَ لِصَاحِبِ التَّبَرُّعِ ، وَإِلَّا بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُزَاحِمُ بِهِ أَصْحَابَ الْوَصَايَا . فَيَحْتَمِلُ عَلَى هَذَا أَنْ يُقْسَمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا، أَوْ يُتَمَّمَ الْوَاجِبُ مِنْ رَأْسِ [١٦٣و] الْمَالِ فَيَدْخُلُهُ الدَّوْرُ، فَلَوْ كَانَ الْمَالُ

الشرح الكبير

٢٦٨٢ – مسألة : (وإن قال : أَخْرِجُوا الواجبَ مِن ثُلثِى) أُخْرِجَ مِن الثُّلُثِ وتُمِّمَ مِن رَأْسِ المالِ على ما قال المُوصِى ، كأنَّه قَصَد إرْفاقَ وَرَثَتِه بذلك . فإن كان معها وصيةٌ بتَبَرُّعٍ (فقال القاضى : يُبْدَأُ بالواجِبَ ، فإن فَضَل) عنه (مِن الثُّلُثِ شىءٌ فهو لصاحِبِ التَّبَرُّعِ) وإن لم يفضُلْ منه شىءٌ سَقَط ، وذلك لأنَّ الدَّيْنَ تَجبُ البَداءَةُ به قَبْلَ الميراثِ والتَّبَرُّعِ ، فإذا عَيَّنَه فى الثُّلُثِ وَجَب البدايةُ به ، وما فَضَل للتَّبَرُّعِ . فإنْ لم يفْضُلْ شىءٌ سَقَطَ ؛ لأنَّه لم يُوصِ له بشىءٍ ، إلَّا أن يُجيزَ الوَرَثَةُ ، فيُعْطَى ما أُوصِىَ له به (وقال أبو الخَطّابِ : يُزاحِمُ به أصحابَ الوصايا) فيَحْتَمِلُ ما قاله القاضى . ويَحْتَمِلُ أن يُقْسَمَ الثُّلُثُ بينَ الواجِبِ والتَّبَرُّعِ بالحِصَّةِ ، فما بَقِىَ مِن الواجِبِ تُمِّمَ مِن الثُّلُثَيْن ، فيَدْخُلُه الدَّوْرُ ، ويَحْتاجُ إلى العَمَلِ

الإنصاف

قوله : وإنْ قال : أَخْرِجُوا الواجبَ مِن ثُلُثِى . فقال القاضى : يُبْدَأُ به ، فإنْ فضَل مِنَ الثُّلُثِ شَىءٌ ، فهو لصاحِبِ التَّبَرُّعِ ، وإلَّا بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ . يعْنِى ، وإنْ لم يفْضُلْ شىءٌ بطَلَتِ الوَصِيَّةُ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه

المقنع

ثَلَاثِينَ، وَالْوَاجِبُ عَشَرَةً، وَالْوَصِيَّةُ عَشَرَةً، جَعَلْتَ تَتِمَّةَ الْوَاجِبِ شَيْئًا يَكُنِ الثُّلُثُ عَشَرَةً إِلَّا ثُلُثَ شَيْءٍ بَيْنَهُمَا، لِلْوَاجِبِ خَمْسَةٌ إِلَّا سُدْسَ شَيْءٍ، تَضُمُّ إِلَيْهِ شَيْئًا يَكُنْ عَشَرَةً، فَتَجْبُرُ الْخَمْسَةَ بِسُدْسِ شَيْءٍ مِنَ الشَّيْءِ، فَتَبْقَى خَمْسَةُ أَسْدَاسِ شَيْءٍ تَعْدِلُ خَمْسَةً ، فَالشَّيْءُ سِتَّةٌ، وَيَحْصُلُ لِلْوَصِيِّ الْآخَرِ أَرْبَعَةٌ.

الشرح الكبير

بطَرِيقِ الجَبْرِ[1]. (فلو كان المالُ ثَلاثِينَ ، والواجبُ عَشَرَةً ، والوصيةُ عَشَرَةً) فاجْعَلْ (تَتِمَّةَ الواجِبِ شيئًا) يَبْقَى ثَلاثُون إلَّا شيئًا ، فثُلُثُه عَشَرَةٌ إلَّا ثُلُثَ شيءٍ ، اقْسِمْها بينَ الواجِبِ والتَّبرُّعِ ، يَحْصُلُ (للواجِبِ خَمْسَةٌ إلَّا سُدْسَ شيءٍ) فإذا أضَفْتَ إليها الشيءَ الذى هو تَتِمَّةُ الواجِبِ ، كان عَشَرَةً ، فاجْبرِ الخَمْسَةَ مِن الشيءِ بسُدْسِه ، يَبْقَى خَمْسَةُ أسْداسِ شيءٍ تَعْدِلُ خَمْسَةً ، فتَبَيَّنَ أنَّ الشيءَ سِتَّةٌ ، وللوَصِيِّ الآخرِ ، وهو صاحِبُ

الإنصاف

النَّاظِمُ . واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . قالَه الحارِثِىُّ . وقال أبو الخَطَّابِ : يُزاحِمُ به أصحابَ الوَصايا . وتابعَه السَّامَرِّىُّ . قال الشَّارِحُ : فيَحْتَمِلُ ما قال القاضى ، ويحْتَمِلُ ما قالَه المُصَنِّفُ هنا . يعْنِى ، أنَّه يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينَهما ، ويُتَمَّمُ الواجِبُ مِن رأْسِ المالِ ، فيدْخُلُه الدَّوْرُ . وإنَّما قال المُصَنِّفُ : فيحْتَمِلُ على هذا . لأنَّ المُزاحَمةَ ليستْ صريحَةً فى كلامِ أبى الخَطَّابِ ؛ لأنَّ قوْلَ القاضى يصْدُقُ عليه أيضًا . قال فى « الفُروعِ » : وقيل : بل يتَزاحَمان فيه ، ويُتَمَّمُ الواجِبُ مِن ثُلُثَيْه . وقيل : مِن رَأْسِ مالِه . وقال فى « الفائقِ » : وقيل : يتَقاصَّان ، ويُتَمَّمُ الواجِبُ مِن رأْسِ المالِ . وقيل : مِن ثُلُثَيْه .

---

(١) فى م : « الخبر » .

الشرح الكبير التَّبرُّعِ أرْبَعَةٌ .

فصل : فإن كان عليه دَيْنٌ خَمْسَةٌ أيضًا ، عُزِلَتْ [١٨٢/٥ ظ] تَتِمَّةُ الواجِبِ شيءٌ ، وتَتِمَّةُ الدَّيْنِ نِصْفُ شيءٍ ، بَقِىَ ثُلُثُ المالِ عَشَرَةٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ ، فاقْسِمْه بينَ الوصايا ، فيَحْصُلُ للواجِبِ أرْبَعَةٌ إلَّا خُمْسَ شيءٍ ، اضْمُمْ إليها تَتِمَّتَه ، يَصِرْ شيئًا وأرْبَعَةً إلَّا خُمْسَ شيءٍ ، تَعْدِلُ[1] عَشَرَةً ، وبعدَ الجَبْرِ تَصِيرُ أرْبعةَ أخْماسِ شيءٍ[2] ، تَعْدِلُ سِتَّةً ، فرُدَّ على السِّتَّةِ رُبْعَها ، تكنْ سَبْعَةً ونِصْفًا[3] ، تَعْدِلُ شيئًا ، فالشيءُ سَبْعَةٌ ونِصْفٌ ، ونِصْفُ الشيءِ ثلاثةٌ ونصفٌ ورُبْعٌ ، وبَقِيَّةُ المالِ ثمانيةَ عَشَرَ وثلاثةُ أرْباعٍ ، ثُلُثُها سِتَّةٌ ورُبْعٌ ، للدَّيْنِ خُمْسُها أحَدٌ ورُبْعٌ ، إذا ضُمَّتْ إليه تَتِمَّتُه ، كَمَلَ خَمْسَةٌ ، وللواجِبِ اثْنان ونِصْفٌ ، يَكْمُلُ بتَتِمَّتِه ، وللصدقةِ اثْنان ونِصْفٌ . وفى عَمَلِها طَرِيقٌ آخَرُ ، وهو أن يُقْسَمَ الثُّلُثُ بكَمالِه بينَ الوَصايا الواجِبِ أخَذْتَه مِن الوَرَثَةِ وصاحِبِ التَّبرُّعِ بالقِسْطِ ، ففى المسألةِ الأُولَى يَحْصُلُ للواجِبِ خَمْسَةٌ ، يَبْقَى له خمسةٌ ، يأْخُذُ مِن صاحِبِ التَّبرُّعِ دِينارًا ، ومِن الوَرَثةِ أرْبَعَةً . وفى المسألةِ الثانيةِ ، حَصَلَ للواجِبِ أرْبَعَةٌ ، وبَقِىَ له سِتَّةٌ ، وحَصَلَ للدَّيْنِ دِينارٌ ، وبَقِىَ له ثلاثةٌ ، فيأْخُذان ما بَقِىَ لهما ، وذلك تِسْعَةٌ ، مِن الورثةِ نِصْفَها وثُلُثَها ، وذلك سَبْعَةٌ ونِصْفٌ ، ومِن صاحِبِ

(١) فى م : « تصير » .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى م : « نصفها » .

الشرح الكبير

التَّبرُّعِ سُدْسَها دِينارًا (١ونِصفا١) ، للواجِبِ منها ثُلُثاها وللدَّيْنِ ثُلُثُها . فإن أَوْصَى بالواجِبِ وأطْلَقَ ، فهو مِن رَأْسِ المالِ ، فيُبْدَأُ بإخْراجِه قبلَ التَّبرُّعاتِ والمِيراثِ ، فإن كانت ثَمَّ وَصِيَّةٌ بتَبرُّعٍ ، فلِصاحِبِها ثُلُثُ الباقِى . وهذا قولُ أكْثَرِ أصحابِ الشافعىِّ . وذَهَب بعضُهم إلى أنَّ الواجِبَ مِن الثُّلُثِ كالقِسْمِ الذى قبلَه ؛ لأنَّه إنَّما يَمْلِكُ الوصيةَ بالثُّلُثِ . ولَنا ، أنَّ الواجِبَ مِن رَأْسِ المالِ ، وليس فى وَصِيَّتِه ما يَقْتَضِى تَغْيِيرَه ، فيَبْقَى على ما كان عليه ، كما لو لم يُوصِ به . وقولُهم : لا يَمْلِكُ الوَصِيَّةَ إلَّا بالثُّلُثِ . قُلْنا : فى التَّبرُّعِ ، وأمّا فى الواجِباتِ فلا تَنْحَصِرُ فى الثُّلُثِ ، ولا تَتَقَيَّدُ به . فإن أَوْصَى بالواجِبِ وقَرَنَ به الوصيةَ بتَبَرُّعٍ ، مثلَ أن يقولَ : حُجُّوا عنى ، وأدُّوا دَيْنِى ، وتَصَدَّقُوا عنى . ففيه وَجْهان ؛ أصَحُّهما ، أنَّ الواجِبَ مِن رَأْسِ المالِ ؛ لأنَّ الاقْتِرانَ فى اللَّفْظِ لا يَدُلُّ على الاقْتِرانِ فى الحُكْمِ ولا فى كَيْفِيَّتِه ، ولذلك قال اللهُ تعالى : ﴿ كُلُواْ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثْمَرَ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ﴾[٢] . والأكْلُ لا يَجِبُ ، والإيتاءُ يَجِبُ . ولأنَّه هٰهُنا قد عَطَف غيرَ الواجِبِ عليه ، فكما لم يَسْتَوِيا فى الوُجُوبِ لا يَلْزَمُ اسْتِواؤُهما فى مَحَلِّ الإخْراجِ . والثانى ، أنَّه مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّه قَرَن به ما مَخْرَجُه مِن الثُّلُثِ . واللهُ سبحانه وتعالى أعلمُ .

(١ - ١) فى م : « ونصفها » .

(٢) سورة الأنعام ١٤١ .

المقنع

بَابُ الْمُوصَى لَهُ

تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ ؛ مِنْ مُسْلِمٍ ، وَذِمِّيٍّ ، وَمُرْتَدٍّ ، وَحَرْبِيٍّ .

الشرح الكبير

بابُ المُوصَى له

(تَصِحُّ الوصيةُ لكلِّ مَن يَصِحُّ تَمْلِيكه ؛ مِن مُسْلِمٍ ، وذِمِّىٍّ ، وحَرْبِىٍّ ، ومُرْتدٍّ) أمّا صِحَّةُ الوصيةِ للمُسلمِ والذِّمِّىِّ ، فلا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وبه قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . قال محمدُ بنُ الحَنَفِيَّةِ فى قولِه تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَفْعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا ﴾[1] . هو وصيةُ المسلمِ لليهودِىِّ والنَّصْرانِىِّ . ولأنَّ الهِبَةَ تَصِحُّ له ، فصَحَّتِ الوصيةُ ، كالمسلمِ . وتَصِحُّ وصيةُ الذِّمِّىِّ للمسلمِ ؛ لأنَّه إذا صَحَّتْ وصيةُ المسلمِ للذمىِّ ، فوصيةُ الذمىِّ للمسلمِ أوْلَى . وحُكْمُ وصيةِ الذمىِّ حُكْمُ وصيةِ المسلمِ فيما ذَكَرْنا . وتَصِحُّ الوصيةُ للحَرْبِىِّ وإن كان فى دارِ الحَرْبِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال مالكٌ ،

الإنصاف

[٥/١٨٣ و] بابُ المُوصَى له

قوله : تصِحُّ الوَصِيَّةُ لكلِّ مَن يصِحُّ تَمْليكه ؛ مِن مُسْلِمٍ ، وذِمِّىٍّ ، ومُرْتَدٍّ ، وحَرْبِىٍّ . تصِحُّ الوَصِيَّةُ للمُسْلِمِ ، والذِّمِّىِّ ، بلا نِزاعٍ ، لكِنْ إذا كان مُعَيَّنًا . أمَّا غيرُ المُعَيَّنِ ؛ كاليهودِ ، والنَّصارَى ، ونحوِهم ، فلا تصِحُّ . صرَّح به الحارِثِىُّ

---

(١) سورة الأحزاب ٦ .

الشرح الكبير

وأكثرُ أصحابِ الشافعيِّ . وقال بعضُهم : لاتَصِحُّ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ لَا يَنْهَـٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ ﴾ . الآية إلى قولِه : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَـٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَـٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ ﴾[1] . الآية . فدَلَّ على أنَّ مَن قاتَلنا لا يَحِلُّ بِرُّه . ولَنا ، أنَّه تَصِحُّ هِبَتُه فصَحَّتِ الوصيةُ له ، كالذِّمِّيِّ . وقد رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ أعْطَى عُمَرَ حُلَّةً مِن حَرِيرٍ ، فقال : يا رسولَ اللهِ ، كَسَوْتَنِيها وقد قُلْتَ فى حُلَّةِ عُطارِدٍ ما قلتَ . فقال : « إنِّى لم أُعْطِكَهَا لِتَلْبَسَها » . فكساها عُمَرُ أخًا له مُشْرِكًا بمَكَّةَ[2] . وعن أسماءَ بنتِ أبى بكرٍ ، قالت : أتَتْنِى أُمِّى وهى راغِبَةٌ ، تَعْنِى عن الإِسلامِ ، فسَألْتُ رسولَ اللهِ ﷺ فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، أتَتْنِى أُمِّى وهى راغِبَةٌ ، أفأَصِلُها ؟ قال : « نَعَمْ »[3] . وهذان فيهما

الإنصاف

وغيرُه ، وقطَع به . وكذا الحَرْبِىُّ ، نصَّ عليه . والمُرْتَدُّ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . أمَّا المُرْتَدُّ ، فاخْتارَ صِحَّةَ الوَصِيَّةِ له أبو الخَطَّابِ وغيرُه . وقدَّمه المُصَنِّفُ هنا . قال الأَزَجِىُّ فى « مُنْتَخَبِه » ، و « الفُروعِ » : تصِحُّ لمَن يصِحُّ تَمَلُّكُه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » . وقال ابنُ أبى مُوسى : لا تصِحُّ لمُرْتَدٍّ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ،

---

(1) سورة الممتحنة ٨ ، ٩ .

(2) تقدم تخريجه فى ٢٩٦/٧ .

(3) تقدم تخريجه فى ٢٩٦/٧ .

الشرح الكبير

صِلَةُ أهلِ الحَرْبِ وبِرُّهم ، والآيةُ حُجَّةٌ لَنا فى مَن لم يُقاتِلْ ، فأمّا المُقاتِلُ فإنَّما نُهِىَ عن تَوَلِّيه لا عن بِرِّه والوصيةِ له ، وإنِ احْتجَّ بالمَفْهُومِ ، فهو لا يَراه حُجَّةً ، ثم قد حَصَل الإجماعُ على صِحَّةِ الهِبَةِ للحَرْبِىِّ ، والوَصِيَّةُ فى مَعْناها .

الإنصاف

و « الفائقِ » . واخْتارَ فى « الرِّعايةِ » ، إنْ بَقِىَ مِلْكُه ، صحَّ الإيصاءُ له ، كالهِبَةِ له ، مُطْلَقًا ، وإنْ زالَ مِلْكُه فى الحالِ ، فلا . قال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةَ عَشْرَةَ » : فيه وَجْهان ؛ بِناءً على زَوالِ مِلْكِه وبَقائِه ؛ فإنْ قيلَ بزَوالِ مِلْكِه ، لم تصِحَّ الوَصِيَّةُ له ، وإلَّا صحَّتْ . وصحَّح الحارِثِىُّ عَدَمَ البِناءِ . وأمَّا الحَرْبِىُّ ، [٢٦٩/٢و] فقال بصِحَّةِ الوَصِيَّةِ له جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : هذا المذهبُ . قال فى « الرِّعايةِ » : هذا الأشْهَرُ ، كالهِبَةِ ، إجْماعًا . وقيل : لا تصِحُّ . وقال فى « المُنْتَخَبِ » : تصِحُّ لأَهْلِ دارِ الحَرْبِ . نقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ . قال فى « الرِّعايةِ » : وعنه ، تصِحُّ لحَرْبِىٍّ فى دارِ حَرْبٍ . قال الحارِثِىُّ : والصَّحيحُ مِنَ القَوْلِ ، أنَّه إذا لم يتَّصِفْ بالقِتالِ أوِ المُظاهَرَةِ ، صحَّتْ ، وإلَّا لم تصِحَّ .

فائدة : لا تصِحُّ لكافِرٍ بمُصْحَفٍ ، ولا بعَبْدٍ مُسْلِمٍ . فلو كان العَبْدُ كافِرًا ، وأسْلَمَ قبلَ موتِ المُوصِى ، بطَلَتْ ، وإنْ أسلَم بعدَ العِتْقِ قبلَ القَبُولِ ، بطَلَتْ أيْضًا ، إنْ قيلَ بتَوَقُّفِ المِلْكِ على القَبُولِ ، وإلَّا صحَّت . ويَحْتَمِلُ أنْ تبْطُلَ . قالَه فى « المُغْنِى » .

المقنع

وَقَالَ ابْنُ أَبِى مُوسَى : لَا تَصِحُّ لِمُرْتَدٍّ . وَتَصِحُّ لِمُكَاتَبِهِ ، وَمُدَبَّرِهِ ، وَأُمِّ وَلَدِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٨٣ – مسألة : وتَصِحُّ للمُرْتَدِّ كما تَصِحُّ الهِبَةُ له . ذَكَرَه أبو الخَطّابِ (وقال ابنُ أبى مُوسى : لا تَصِحُّ) لأنَّ مِلْكَه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، ولا يَرِثُ ولا يُورَثُ ، فهو كالمَيِّتِ ، ولأنَّ مِلْكَه يَزُولُ عن مالِه برِدَّتِه فى قولِ أبى بكرٍ وجماعةٍ ، فلا يَثْبُتُ له المِلْكُ بالوَصِيَّةِ .

٢٦٨٤ – مسألة : (وتَصِحُّ لمُكاتَبِه ، ومُدَبَّرِه ، وأُمِّ وَلَدِه) تَصِحُّ الوصيةُ للمُكاتَبِ ، سواءٌ كان مُكاتَبَه أو مُكاتَبَ وارِثِه أو مُكاتَبَ أجْنَبِىٍّ ، سواءٌ وَصَّى له بجُزْءٍ شائِعٍ أو مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّ وَرَثَتَه لا يَسْتَحِقُّونَ المُكاتَبَ ولا يَمْلِكُون مالَه ، ولأنَّه يَمْلِكُ المالَ بالعُقُودِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ له ، كالحُرِّ . فإن قال : ضَعُوا عن مُكاتَبِى بعضَ كِتابَتِه – أو – بعضَ ما عليه . وَضَعُوا ما شاءُوا . وإن قال : ضَعُوا عنه نَجْمًا من نجُومِه . فلهم أن يَضَعُوا

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، قولُه : وتَصِحُّ لمُكاتَبِه ، ومُدَبَّرِه . هذا بلا نِزاعٍ ، لكِنْ لو ضاقَ الثُّلُثُ عنِ المُدَبَّرِ ، وعن وَصِيَّتِه ، بُدِئَ بنَفْسِه ، فيُقَدَّمُ عِتْقُه على وَصِيَّتِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه . وقال القاضى : يعْتِقُ بعضُه ، ويمْلِكُ مِنَ الوَصِيَّةِ بقَدْرِ ما عَتَق منه .

الثَّانى ، قولُه : وتَصِحُّ لأُمِّ وَلَدِه . بلا نِزاعٍ . كوَصِيَّتِه ، أنَّ ثُلُثَ قَرْيَتِه[1]

---

(١) كذا فى النسخ . وفى المبدع : « فرسه » ، انظر المبدع ٦/٣٤ .

الشرح الكبير

أيَّ نَجْمٍ شاءُوا ، وسواءٌ كانت نُجُومُه مُتَّفِقَةً أو مُخْتَلِفَةً ، لتناوُلِ اللَّفْظِ له . فإن قال : ضَعُوا عنه أيَّ نَجْمٍ شاء . رَجَع إلى [١٨٣/٥ ظ] مَشِيئَتِه ؛ لأنَّ سَيِّدَه جَعَل المَشِيئَةَ إليه . وإن قال : ضَعُوا عنه أكْبَرَ[1] نُجُومِه . وَضَعُوا عنه أكْثَرَها مالًا ؛ لأنه أكْبَرُها قَدْرًا . وإن قال : ضَعُوا عنه أكْثَرَ نُجُومِه . وَضَعُوا عنه أكْثَرَ مِن نِصْفِها ؛ لأنَّ أكْثَرَ الشيءِ يَزِيدُ على نِصْفِه . فإن كانت نُجُومُه خَمْسَةً ، وَضَعُوا ثلاثةً ، وإن كانت سِتَّةً ، وَضَعُوا أرْبَعَةً . ويَحْتَمِلُ أن يَنْصَرِفَ إلى واحِدٍ منها أكْثَرِها مالًا . فإن كانت نُجُومُه سواءً ، تَعَيَّنَ القولُ الأوَّلُ . فإن قال : ضَعُوا عنه أوْسَطَ نُجُومِه . ولم يكنْ فيها إلَّا وَسَطٌ واحِدٌ ، تَعَيَّنَ ، مثلَ أن تكونَ نُجُومُه مُتَساوِيَةَ القَدْرِ والأجَلِ ، وعَدَدُها مُفْرَدٌ ، فيَتَعَيَّنُ الأوْسَطُ فى العَدَدِ ، فإن كانت خَمْسَةً ، تَعَيَّنَ الثالثُ ، وإن كانت سَبْعَةً ، فالرّابعُ ، فإن كان عَدَدُها مُزْدَوَجًا وهى مُخْتَلِفَةُ المِقْدارِ ، فبعضُها مائةٌ ، وبعضُها مائِتان ، وبعضُها ثلاثُمائةٍ ، فأوْسَطُها المائِتانِ فيَتَعَيَّنُ ، وإن كانت مُتساوِيَةَ القَدْرِ مُخْتَلِفَةَ الأجَلِ ، مثلَ أن يكونَ اثْنان إلى شَهْرٍ[2] ، وواحِدٌ إلى شَهْرَيْن ، وواحِدٌ إلى ثلاثةِ أشْهُرٍ ، تَعَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فى الَّذى إلى شَهْرَيْن . وإنِ اتَّفقَتْ هذه المعانِى فى

الإنصاف

وَقْفٌ عليها ما دامَتْ على وَلَدِها . نقلَه المَرُّوذِىُّ ، رَحِمَه اللهُ تعالَى .

فائدة : لو شرَط عدَمَ تَزْوِيجِها ، فلم تَتَزَوَّجْ ، وأخذَتِ الوَصِيَّةَ ، ثم تزَوَّجَتْ ، فقيلَ : تَبْطُلُ . قدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، بعدَ قولِ الخِرَقِىِّ : وإذا وصَّى

(١) فى م : « أكثر » .

(٢) بعده فى م : « شهر » .

الشرح الكبير

واحِدٍ ، تَعَيَّنَ . وإن كان لها أوْسَطُ فى القَدْرِ ، وأوْسَطُ فى الأجَلِ ، وأوْسَطُ فى العَدَدِ ، يُخالِفُ بعضُها بعضًا ، رُجِع إلى قولِ الوَرَثَةِ . وإنِ اخْتَلَفَت الورثةُ والمُكاتَبُ فى إرادةِ المُوصِى منها ، فالقولُ قولُ الورثةِ مع أيْمانِهم أنَّهم لا يَعْلَمُون ما أراد . ومتى كان العَدَدُ وِترًا ، فأوْسَطُه واحِدٌ . وإن كان شَفْعًا ، كأرْبَعَةٍ ، فأوْسَطُه اثْنان . وهكذا القولُ فيما إذا أوْصَى بأوْسَطِ نُجُومِه . وإن قال : ضَعُوا عنه ما يَخِفُّ -أو - ما يَثْقُلُ -أو - ما يَكْثُرُ . رُجِع إلى تَقْدِيرِ الورثةِ ؛ لأنَّ كلَّ شىءٍ يَخِفُّ إلى جَنْبِ[1] ما هو أثْقَلُ منه ، ويَثْقُلُ إلى جنبِ[1] ما هو أخَفُّ منه ، كما قال أصحابُنا فيما إذا أقَرَّ بمالٍ عظيمٍ ، أو كثِيرٍ ، أو ثَقِيلٍ ، أو خَفِيفٍ . وإن قال : ضَعُوا عنه أكْثَرَ ما عليه . وُضِع عنهَ النِّصْفُ ، وأدْنَى زِيادَةٍ . وإن قال : ضَعُوا عنه أكْثَرَ ما عليه ومِثْلَ نِصْفِه . فذلك ثلاثةُ أرباعٍ وأدْنَى زِيادَةٍ . وإن قال : ضَعُوا أكْثَرَ ما عليه ومِثْلَه . فذلك الكِتابَةُ كلُّها وزِيادَةٌ عليها ، فيَصِحُّ فى الكِتابَةِ ويَبْطُلُ فى الزِّيادَةِ ؛ لعَدَمِ مَحلِّها . وإن قال : ضَعُوا عنه ما شاء . فشاء وَضْعَ كلٍّ ما عليه ، وُضِع ؛ لِتَناوُلِه اللَّفْظَ . فإن قال : ضَعُوا عنه ما شاء مِن مالِ الكتابةِ . لم يَضَعُوا عنه الكلَّ ؛ لأنَّ « مِن » للتَّبْعِيضِ . ومَذْهَبُ الشافعىِّ على نحوِ ما ذَكَرْنا فى هذا الفَصْلِ .

الإنصاف

لعَبْدِه بجُزْءٍ مِن مالِه . قال فى « بدائعِ الفَوائدِ » ، قبلَ آخِرِه بقريبٍ مِن كُرَّاسَيْن : قال فى رِوايَةِ أبى الحارِثِ : ولو دفَع إليها مالًا ، يعْنِى إلى زَوْجَتِه ، على أنْ لا تَتَزَوَّج

---

(١) فى م : « حيث » .

الشرح الكبير

٢٦٨٥ – مسألة : وتَصِحُّ الوصيةُ لمُدَبَّرِه ؛ لأنَّه يصيرُ حُرًّا حينَ لُزُومِ الوصيةِ ، فصَحَّتِ الوصيةُ له ، كأُمِّ الوَلَدِ . فإن [٥/١٨٤ و] لم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ هو والوصيةُ جميعًا ، قُدِّمَ عِتْقُه على الوصيةِ ؛ لأنَّه أنْفَعُ له . وقال القاضى : يَعْتِقُ بعضُه ، ويَمْلِكُ مِن الوصيةِ بقَدْرِ ما عَتَقَ منه . ولَنا ، أنَّه وَصَّى لعَبْدِه وصيةً صحيحةً ، فيُقَدَّمُ عِتْقُه على ما يَحْصُلُ له مِن المالِ ، كما لو وَصَّى لعبدِه القِنِّ بمُشاعٍ مِن مالِه .

٢٦٨٦ – مسألة : وتَصِحُّ الوصيةُ لأُمِّ وَلَدِه ؛ لأنَّها حُرَّةٌ حينَ لُزُومِ الوصيةِ . وقد رُوِىَ[1] عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه أوْصَى لأُمَّهاتِ أوْلادِه بأرْبَعَةِ آلافٍ أربعةِ آلافٍ . رَواه سعيدٌ[2] . ورُوِىَ ذلك عن عِمْرانَ بنِ حُصَيْنٍ . وبه قال مَيْمُونُ بنُ مِهْرانَ ، والزُّهْرِىُّ ، ويَحْيَى الأنْصارِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ .

الإنصاف

بعدَ موْتِه ، فتَزَوَّجَتْ ، تَرُدُّ المالَ إلى وَرَثَتِه . قال فى « الفُروعِ » ، فى بابِ الشُّروطِ فى النِّكاحِ : وإنْ أعْطَتْه مالًا على أنْ لا يتَزَوَّجَ عليها ، ردَّه إذا تزَوَّجَ ، ولو دفَع إليها مالًا على أنْ لا تتَزَوَّجَ بعدَ مَوْتِه ، فتزَوَّجَتْ ، ردَّتْه إلى وَرَثَتِه . نَقَلَه أبو الحارِثِ . انتهى . فقِياسُ هذا النَّصِّ ، أنَّ أُمَّ وَلَدِه ترُدُّ ما أخذَتْ مِنَ الوَصِيَّةِ إذا تزَوَّجَتْ ، فتبْطُلُ الوَصِيَّةُ برَدِّها . وهو ظاهِرُ ما اخْتارَه الحارِثِىُّ . وقيل : لا تبْطُلُ ، كوَصِيَّتِه بعِتْقِ أمَتِه على أنْ لا تتَزَوَّجَ ، فماتَ ، وقالتْ : لا أتَزَوَّجُ . عتَقَتْ ، فإذا تزَوَّجَتْ ،

---

(١) بعده فى م : « ذلك » .

(٢) فى : باب وصية الصبى ، من كتاب الوصايا . السنن ١٢٨/١ . دون قوله : « أربعة آلاف » . كما أخرجه الدارمى ، فى : باب من أوصى لأمهات أولاده ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٤٢٣/٢ .

المقنع

وَتَصِحُّ لِعَبْدِ غَيْرِهِ . فَإِذَا قَبِلَهَا ، فَهِىَ لِسَيِّدِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٨٧ – مسألة : (وتَصِحُّ لعَبْدِ غيرِه) وتكونُ الوصيةُ لِسَيِّدِه ، والقَبُولُ مِن العَبْدِ ؛ لأنَّ العَقْدَ مُضافٌ إليه ، أشْبَهَ ما لو وَهَبَه شيئًا . فإذا قَبِل ، تَثْبُتُ لسَيِّدِه ؛ لأنَّه مِن كَسْبِ عَبْدِه ، وكَسْبُ العَبْدِ للسَّيِّدِ . ولا يَفْتَقِرُ فى القَبُولِ إلى إذْنِ السَّيِّدِ ؛ لأنَّه كَسْبٌ مِن غيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، كالاحْتِطابِ . وهذا قولُ أهلِ العِراقِ ، والشافعىِّ . ولأصْحابِه وَجْهٌ آخَرُ ، أنه يَفْتَقِرُ إلى إذْنِ السَّيِّدِ ؛ لأنَّه تَصَرُّفُ العَبْدِ ، فهو كبَيْعِه وشِرائِه . ولَنا ، أنَّه تَحْصِيلُ مالٍ بغيرِ عِوَضٍ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى إذْنِه ، كقَبُولِ الهِبَةِ وتَحْصِيلِ المُباحِ .

الإنصاف

لم يَبْطُلْ عِتْقُها قوْلًا واحدًا ، عندَ الأكْثَرِين . وقال الحارِثِىُّ : ويحْتَمِلُ الرَّدُّ إلى الرِّقِّ . وهو الأظْهَرُ ، ونَصَرَه . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، و « الحارِثِىِّ » .

قوله : وتصِحُّ لعَبْدِ غيرِه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا تصِحُّ الوَصِيَّةُ لقِنٍّ زَمَنَها . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، يُسْتَثْنَى مِن كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، ممَّن أطْلَقَ ، الوَصِيَّةُ لعَبْدِ وارِثِه وقاتِلِه ، فإنَّها لا تصِحُّ لهما ، ما لم يصِرْ حرًّا وَقْتَ نقْلِ المِلْكِ . قالَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وهو واضِحٌ . الثَّانى ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، صِحَّةُ الوَصِيَّةِ له ، سواءٌ قُلْنا : يمْلِكُ . أو : لا يمْلِكُ . وصرَّح به ابنُ الزَّاغُونِىِّ فى « الواضِحِ » ، وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . والذى قدَّمه فى « الفُروعِ » ، أنَّها لا تصِحُّ إلَّا إذا قُلْنا : يمْلِكُ . فقال : وتصِحُّ لعَبْدٍ إنْ ملَك .

الشرح الكبير

فصل : وإن وَصَّى لعَبْدِ وارِثِه ، فهى كالوَصِيَّةِ لِوارِثِه ، تَقِفُ على إجازَةِ الورثةِ . وبه قال الشافعىُّ ، وأبو حنيفةَ . وقال مالكٌ : إن كان يَسِيرًا ، جاز ؛ لأنَّ العَبْدَ يَمْلِكُ ، وإنَّما لسَيِّدِه أخْذُه مِن يَدِه ، فإذا أوْصَى له بشىءٍ يَسِيرٍ ، عُلِم أنه قَصَد بذلك العَبْدَ دُونَ سَيِّدِه . ولَنا ، أنَّها وصيةٌ لعَبْدِ وارِثِه ، أشْبَهَ الوصيةَ بالكَثِيرِ ، وما ذَكَرَه مِن مِلْكِ العَبْدِ مَمْنُوعٌ لا اعْتِبارَ به ، فإنَّه مع هذا القَصْدِ يَسْتَحِقُّ سَيِّدُه أخْذَه ، فهو كالكَثِيرِ .

فصل : وإذا وَصَّى بعِتْقِ أمَتِه على أن لا تَتزَوَّجَ ، ثم مات ، فقالت : لا أتزَوَّجُ . عَتَقَتْ . فإن تزَوَّجَتْ بعدَ ذلك لم يَبْطُلْ عِتْقُها . وهذا مَذْهَبُ الأوْزاعِىِّ ، واللَّيْثِ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ العِتْقَ إذا وَقَع لم يُمْكِنْ رَفْعُه . فإن وَصَّى لأُمِّ وَلَدِه بألْفٍ على أن لا تَتزَوَّجَ ،

الإنصاف

وتقدَّمَ التَّنبِيهُ على ذلك فى كتابِ الزَّكاةِ ، فى فوائدِ العَبْدِ ، هل يمْلِكُ بالتَّمْليكِ ؟

قوله : فإنْ قَبِلَها ، فهى لسَيِّدِه . مُرادُه ، إذا لم يكُنْ حُرًّا وَقْتَ مَوْتِ المُوصِى . فإنْ كان حُرًّا وَقْتَ مَوْتِه ، فهى له . وهو واضِحٌ ، وإنْ عتَق بعدَ الموتِ وقبلَ القَبُولِ ، ففيه الخِلافُ المُتقَدِّمُ فى الفَوائدِ المُتَقَدِّمَةِ ، فى البابِ الذى قبلَه . وإنْ لم يعْتِقْ ، فهى لسَيِّدِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . قال الحارِثِىُّ : ويتَخرَّجُ ، أنَّها للعَبْدِ . ثم قال : وبالجُمْلَةِ فاخْتِصاصُ العَبْدِ أظْهَرُ . وقال ابنُ رَجَبٍ : المالُ للسَّيِّدِ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ . وذكَرَه القاضى وغيرُه . وبَناه ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه على الخِلافِ فى مِلْكِ السَّيِّدِ .

فائدة : لو قَبِلَ السَّيِّدُ لنَفْسِه ، لم يصِحَّ . جزَم به فى « التَّرْغيبِ » . ولا يفْتَقِرُ قَبُولُ العَبْدِ إلى إذْنِ سيِّدِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه فى الهِبَةِ ، وعليه

المقنع

وَتَصِحُّ لِعَبْدِهِ بِمُشَاعٍ ؛ كَثُلُثِهِ . فَإِذَا وَصَّى لَهُ بِثُلُثِهِ ، عَتَقَ وَأَخَذَ الثُّلُثَ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ الثُّلُثِ .

الشرح الكبير

أو على أن تَبِيتَ مع وَلَدِه ، ففعَلَتْ وأخذَتِ الألْفَ ، ثم تزوَّجتْ ، أو تركَتْ وَلَدَه ، ففيها وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَبْطُلُ وَصِيَّتُها ؛ لأنَّه فات الشَّرْطُ ، ففاتَتِ الوصيةُ ، وفارَقَ العِتْقَ ؛ فإنَّه لا يُمْكِنُ رَفْعُه . والثانى ، لا تَبْطُلُ وَصِيَّتُها . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ وَصِيَّتَها صَحَّتْ ، فلم تَبْطُلْ بمُخالَفَةِ ما شَرَط عليها ، كالأُولَى .

٢٦٨٨ – مسألة : (وتَصِحُّ لعَبْدِه [١٨٤/٥ ظ] بمُشَاعٍ ؛ كثُلُثِه) فإن خَرَج العَبْدُ مِن الوَصِيَّةِ ، عَتَقَ واسْتُحِقَّ باقِيه ، وإن لم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ ، عَتَقَ منه بقَدْرِ الثُّلُثِ . وبهذا قال الحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، وأبو حنيفةَ ، إلَّا أنَّهم قالُوا : إن لم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ ، سَعَى فى قِيمَةِ باقِيه . وقال الشافعىُّ : الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ، إلَّا أن يُوصِىَ بعِتْقِه ؛ لأنه أوْصَى[1]

الإنصاف

جماهيرُ الأصحابِ . وقيل : بلَى . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » .

قوله : وتصِحُّ لعَبْدِه بمُشاعٍ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وعنه ، لا تصِحُّ لقِنٍّ زَمَنَ الوَصِيَّةِ . كما تقدَّم . ووَجَّه فى « الفُروعِ » ، فى صِحَّةِ عِتْقِه ووَصِيَّتِه لعَبْدِه بمُشاعٍ ، رِوايتَيْن ، مِن قَوْلِه لعَبْدِه : أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوْتِى بشَهْرٍ . فى بابِ المُدَبَّرِ .

فائدتان ؛ الأُولَى ، لو وَصَّى له برُبْعِ مالِه ، وقِيمَتُه مائَةٌ ، وله سِواه ثَمانِمائةٍ ، عتَق ، وأخَذ مِائَةً وخَمْسَةً وعِشْرِين . هذا الصَّحيحُ . ويَتَخَرَّجُ أنْ يُعْطَى مِائتَيْن

---

(١) بعده فى الأصل : « بعتقه » .

المقنع وَإنْ أَوْصَى لَهُ بِمُعَيَّنٍ ، أَوْ بِمِائَةٍ ، لَمْ تَصِحَّ . وَحُكِيَ عَنْهُ ، أَنَّهُ يَصِحُّ .

الشرح الكبير لمالٍ يَصِيرُ للورثةِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو وَصَّى له بمُعَيَّنٍ . ولَنا ، أنَّ الجُزْءَ الشّائِعَ يتناوَلُ نَفْسَه أو بعضَها ؛ لأنَّه مِن جُمْلَةِ الثُّلُثِ الشائعِ ، والوصيةُ له بنَفْسِه تَصِحُّ ويَعْتِقُ ، وما فَضَل اسْتَحَقَّه ؛ لأنَّه يَصِيرُ حُرًّا ، فمَلَكَ الوصيةَ ، فيَصِيرُ كأنَّه قال : أعْتِقُوا عَبْدِى مِن ثُلُثِى ، وأعْطُوه ما فَضَل منه . وفارَقَ ما إذا وَصَّى له بمُعَيَّنٍ ؛ لأنَّه لا يَتَناوَلُ شيئًا منه ، على أنَّ لَنا فى الأصْلِ المَقِيسِ عليه مَنْعًا .

٢٦٨٩ – مسألة : (وإن وَصَّى له بمُعَيَّنٍ) كثَوْبٍ أو دارٍ (أو مائةٍ ، لم تَصِحَّ) الوصيةُ فى قولِ الأكْثَرِينَ ، منهم الثَّوْرِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ . وذَكَرَ ابنُ أبى موسى رِوايَةً عن أحمدَ (أنها تَصِحُّ) وهو قولُ مالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وقال الحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ : إن شاءَ الورثةُ أجازُوا ، وإن شاءُوا رَدُّوا . ولَنا ، أنَّ العَبْدَ يَصِيرُ مِلْكًا للورثةِ ، فما وَصَّى به له فهو لهم ، فكأنَّه أوْصَى لوَرَثَتِه بما يَرِثُونه ، فلا فائِدَةَ فيه . وفارَقَ ما إذا وَصَّى له بمُشاعٍ ؛ لِما ذَكَرْناه .

الإنصاف تكْمِيلًا ، لعِتْقِه بالسِّرايَةِ مِن تَمامِ الثُّلُثِ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : قلتُ : ويحْتَمِلُ أنْ يعْتِقَ رُبْعُه ، ويرِثَ بقِيَّتَه . ويحْتَمِلُ بُطْلانَ [٢٦٩/٢ظ] الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّها لسَيِّدِه الوارِثِ . انتهى . الثَّانيةُ ، تصِحُّ وَصِيَّتُه للعَبْدِ بنَفْسِه أو برَقَبَتِه ، ويعْتِقُ بقَبُولِ ذلك ، إنْ خرَج مِنَ الثُّلُثِ ، وإلَّا عتَق منه بقَدْرِ الثُّلُثِ .

قوله : وإنْ وَصَّى له بمُعَيَّنٍ ، أوْ بمائةٍ ، لم تصِحَّ . هذا المذهبُ . قالَه فى

« الفُروعِ » وغيرِه . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَشهورُ مِنَ الرِّواياتِ . قال ابنُ رَجَبٍ : أشْهَرُ الرِّوايتَيْن عدَمُ الصِّحَّةِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . بل عليه الأصحابُ . وحُكِىَ عنه أنَّها تصِحُّ . وصرَّح بهذه الرِّوايَةِ ابنُ أبِى مُوسى ، ومَن بعدَه . قال الحارِثِىُّ : وهو المَنْصوصُ . فعليها ، يُشْتَرَى مِنَ الوَصِيَّةِ ويَعْتِقُ ، وما بَقِىَ فهو له . جزَم به فى « الكافِى » وغيرِه . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » وغيرِها . وقيل : يُعْطَى ثُلُثَ المُعَيَّنِ إنْ خرَجا معه مِنَ الثُّلُثِ . فإنْ باعَه الوَرَثَةُ بعدَ ذلك ، فالمِائَةُ لهم ، إنْ لم يشْتَرِطْها المُبْتاعُ . قالَه جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : إذا وَصَّى له بمُعَيَّنٍ ، فعنه ، كالِه . وعنه ، يُشْتَرَى ، ويَعْتِقُ . وكونُه كالِه ، قطَع به ابنُ أبِى مُوسى .

تنبيه : مِنَ الأصحابِ مَن بنَى الرِّوايتَيْن هنا على أنَّ العبْدَ ، هل يمْلِكُ ، أوْلا ؟ فإنْ قُلْنا : يمْلِكُ . صحَّتْ ، وإلَّا فلا . وهى طريقةُ ابنِ أبِى مُوسى ، والشِّيرازِىِّ ، وابنِ عَقِيلٍ ، وغيرِهم . وأشارَ إلى ذلك الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ صالحٍ . ومنهم مَن حمَل الصِّحَّةَ على أنَّ الوَصِيَّةَ القَدْرُ المُعَيَّنُ ، أوِ المُقَدَّرُ مِنَ التَّرِكَةِ لا بعَيْنِه ، فيعودُ إلى الجُزْءِ المُشاعِ . قال ابنُ رَجَبٍ فى « فوائدِه » : وهو بعيدٌ جدًّا . وتقدَّم ذلك فى كتابِ الزَّكاةِ ، فى فَوائدِ العَبْدِ ، هل يمْلِكُ بالتَّمْليكِ ، أمْ لا ؟

المقنع

وَتَصِحُّ لِلْحَمْلِ إِذَا عُلِمَ أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا حِينَ الْوَصِيَّةِ ، بِأَنْ تَضَعَهُ لِأَقَلَّ [١٦٣ظ] مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، إِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ يَطَؤُهَا ، أَوْ لِأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، إِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٦٩٠ – مسألة : (وتَصِحُّ) الوصيةُ (للحَمْلِ إذا عُلِم أنَّه كان مَوْجُودًا حينَ الوصيةِ ، بأن تَضَعَه لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ ، إن كانت ذاتَ زَوْجٍ أو سَيِّدٍ يَطَؤُها ، أو لأقَلَّ مِن أرْبَعِ سِنِينَ ، إن لم تكنْ كذلك ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن) وفى الآخرِ ، لأقَلَّ مِن سَنَتَيْن . لا نَعْلَمُ فى صِحَّةِ الوصيةِ للحَمْلِ خِلافًا . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ؛ وذلك لأنَّ الوصيةَ جَرَتْ مَجْرَى المِيراثِ مِن حيثُ كونُها انْتِقالَ المالِ مِن الإنسانِ بعدَ مَوْتِه إلى المُوصَى له بغيرِ عِوَضٍ ، كانْتِقالِه إلى وارِثِه ، وقد سَمَّى اللهُ تعالى المِيراثَ وصيةً بقولِه سبحانه : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[1] . وقال سبحانه : ﴿ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ ٱللَّهِ ﴾[2] . والحَمْلُ يَرِثُ ،

الإنصاف

قوله : وَتصِحُّ للحَمْلِ ، إذا عُلِمَ أنَّه كان مَوْجُودًا حينَ الوَصِيَّةِ . هذا بلا نِزاعٍ ، لكِنْ هل الوَصِيَّةُ له تُعَلَّقُ على خُروجِه حَيًّا ؟ وهو اخْتِيارُ القاضى ، وابنِ

---

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

الشرح الكبير

فتَصِحُّ الوصيةُ له ، ولأنَّ الوصيةَ أوْسَعُ مِن المِيراثِ ؛ لأنَّها تَصِحُّ للمُخالِفِ فى الدِّينِ ، والعَبْدِ ، بخِلافِ المِيراثِ ، فإذا وَرِث الحَمْلُ ، فالوصيةُ له أوْلَى ، ولأنَّ الوصيةَ تَتَعلَّقُ بخَطَرٍ وغَرَرٍ ، فصَحَّتْ للحَمْلِ ، كالعِتْقِ . فإنِ انْفَصَلَ الحَمْلُ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الوصيةُ ؛ لأنَّه لا يَرِثُ ، ولأنَّه يَحْتَمِلُ أن لا يكونَ حَيًّا حينَ الوصيةِ ، فلا تَثْبُتُ له الوصيةُ والمِيراثُ بالشَّكِّ .

الإنصاف

عَقِيلٍ ، فى بعضِ كلامِه ، أو يثْبُتُ المِلْكُ له مِن حينِ موتِ[1] المُوصِى وقَبولِ الوَلِىِّ له ؟ . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ أيضًا ، فى بعضِ كلامِه ، فيه وَجْهان . وصرَّح أبو المَعالِى ابنُ مُنَجَّى بالثَّانى ، وقال : ينْعَقِدُ الحَوْلُ عليه مِن حينِ المِلْكِ إذا كان مالًا زكَوِيًّا ، وكذلك فى المَمْلوكِ بالإِرْثِ . وحكَى وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه لا يجْرِى فى حَوْلِ الزَّكاةِ ، حتى يُوضَعَ ، للتَّرَدُّدِ فى كوْنِه حيًّا مالِكًا كالمُكاتَبِ . قال فى « القَواعِدِ » : ولا يُعْرَفُ هذا التَّفْريعُ فى المذهبِ .

قوله : بأَنْ تضَعَه لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ ، إنْ كانَتْ ذاتَ زَوْجٍ ، أوْ سَيِّدٍ يطَؤُها ، أوْ لأقَلَّ مِن أرْبَعِ سِنِينَ ، إنْ لم تكُنْ كذلك ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . يعْنِى ، إنْ لم تكُنْ ذاتَ زَوْجٍ ، ولا سيِّدٍ يطَؤُها . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، تصِحُّ الوَصِيَّةُ له إذا وضَعَتْه لأقَلَّ مِن أرْبَعِ سِنِينَ بالشَّرْطِ المتقدِّمِ . وهو المذهبُ . قال فى « الوَجيزِ » : وتصِحُّ لحَمْلٍ تحَقَّقَ وُجودُه قبلَها . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقدَّمه فى « الخُلاصةِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا تصِحُّ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّه

(١) سقط من : ط .

الشرح الكبير [٥/١٨٥ و] وسَواءٌ مات لعارِضٍ ؛ مِن ضَرْبِ البَطْنِ ، أو (١)الدواءِ شَرِبَتْه(١) ، أو غيرِه ؛ لِما بَيَّنَّا مِن أنَّه لا يَرِثُ . وإن وَضَعتْه حَيًّا ، صَحَّتِ الوصيةُ له إذا حَكَمْنا بوُجُودِه حالَ الوصيةِ ، بأن تَأْتِىَ به لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ ، إن كانتِ المرأةُ فِراشًا لزَوْجٍ أو سَيِّدٍ يَطَؤُها ، فإنّا نَعْلَمُ وُجُودَه حينَ الوصيةِ ، فإن أتَتْ به لأكْثَرَ منها ، لم تَصِحَّ الوصيةُ ؛ لاحْتِمالِ حُدُوثِه بعدَ الوصيةِ . وإن كانت بائِنًا فأتَتْ به لأكْثَرَ مِن أرْبَعِ سِنِين مِن حينِ الفُرْقَةِ ، وأكْثَرَ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن حينِ الوصيةِ ، لم تَصِحَّ الوصيةُ له ، وإن أتَتْ به لأقَلَّ مِن ذلك ، صَحَّتِ الوصيةُ ؛ لأنَّ الوَلَدَ يُعْلَمُ وُجُودُه إذا كان لسِتَّةِ أشْهُرٍ ، ويُحْكَمُ بوُجُودِه إذا أتَتْ به لأقَلَّ مِن أرْبَعِ سِنِين مِن حينِ الفُرْقَةِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وإن وَصَّى لحَملِ امرأةٍ مِن زَوْجِها

الإنصاف مَشْكوكٌ فى وُجودِه ، ولا يلْزَمُ مِن لُحوقِ النَّسَبِ صِحَّةُ الوَصِيَّةِ . ويأْتِى كلامُه فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، قوْلُه : لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ ، إنْ كانتْ ذاتَ زَوْجٍ أو سيِّدٍ يطَؤُها . وكذا قال فى « المُغْنِى » ، وجماعةٌ . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » : إنْ أتَتْ به لدُونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ ، مِن حينِ الوَصِيَّةِ ، صحَّتْ ، سواءٌ كانت فِراشًا أو بائنًا ؛ لأنَّا نتَحقَّقُ وُجودَه حالَ الوَصِيَّةِ . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّوابُ ، جَزْمًا . وهو كما قال . الثَّانى ، قوْلُه : أو لأقَلَّ مِن أرْبَعِ سِنِينَ . هذا بِناءً منه على أنَّ أكْثَرَ مُدَّةِ الحَمْلِ أرْبَعُ سِنِينَ . وهو المذهبُ ، على ما يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ مصرَّحًا به ، فى أوَّلِ كتابِ العِدَدِ . وأمَّا إذا قُلْنا : إنَّ أكْثَرَ

(١ - ١) فى م : « شرب دواء » .

الشرح الكبير

أو سَيِّدِها ، صَحَّتِ الوصيةُ له مع اشْتِراطِ إلْحاقِه به . فإن كان مَنْفِيًّا باللِّعانِ ، أو دَعْوَى الاسْتِبراءِ ، لم تَصِحَّ الوصيةُ له ؛ لعَدَمِ نَسَبِه المُشْتَرَطِ فى الوصيةِ ، فإن كانتِ المرأةُ فِراشًا لِزَوْجٍ أو سَيِّدٍ إلَّا أنَّه لا يَطَؤُها لكونِه غائبًا فى بَلَدٍ بَعِيدٍ ، أو مَرِيضًا مَرَضًا يَمْنَعُ الوَطْءَ ، أو كان أسِيرًا أو مَحْبُوسًا ، أو عَلِم الورثةُ أنَّه لم يَطَأْها ، أو أقَرُّوا بذلك ، فإنَّ أصحابَنا لم يُفَرِّقُوا بينَ هذه الصُّوَرِ وبينَ ما إذا كان يَطَؤُها ؛ لأنَّهما لم يَفْتَرِقا فى لُحُوقِ النَّسَبِ بالزَّوْجِ والسَّيِّدِ ، فكانت فى حُكْمِ مَن يَطَؤُها . قال شيخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أنَّها متى أتت به فى هذه الحال ، أو لوَقْتٍ يَغْلِبُ على الظَّنِّ أنَّه كان مَوْجُودًا حالَ الوصيةِ ؛ مثلَ أنْ تَضَعَه لأقَلَّ مِن غالِبِ مُدَّةِ الحَمْلِ ،

الإنصاف

مُدَّةِ الحَمْلِ سَنَتان . فبأنْ تَضَعَه لأقَلَّ مِن سنتَيْن . والشَّارِحُ ، رَحِمَه اللهُ ، جعَل الوَجْهَيْن اللَّذيْن ذكَرهما المُصَنِّفُ مَبْنِيَّيْن على الخِلافِ فى أكثرِ مُدَّةِ الحَمْلِ . والأَوْلَى أنَّ الخِلافَ فى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ وعدَمِها ، وعليه شرَح ابنُ مُنَجَّى . وهو الصَّوابُ .

فائدة : قال المُصَنِّفُ وغيرُه : فإنْ كانَتْ فِراشًا لزَوْجٍ أو سيِّدٍ ، إلَّا أنَّه لا يطَؤُها ؛ لكَوْنِه غائبًا فى بَلَدٍ بعيدٍ ، أو مريضًا مرَضًا يمْنَعُ الوَطْءَ ، أو كان أسِيرًا ، أو مَحْبوسًا ، أو عَلِمَ الوَرَثَةُ أنَّه لم يطَأْها ، أو أقَرُّوا بذلك ، فإنَّ أصحابَنا لم يُفرِّقُوا بينَ هذه الصُّورَةِ وبينَ ما إذا كان يطَؤُها . قال المُصَنِّفُ : ويحْتَمِلُ أنَّها متى أتَتْ به فى هذه الحالِ ، أو وَقْتٍ يغْلِبُ على الظَّنِّ أنَّه كان مَوْجودًا حالَ الوَصِيَّةِ ، مثْلَ أنْ تَضَعَه لأقَلَّ مِن غالبِ مُدَّةِ الحَمْلِ ، أو تكونَ أماراتُ الحَمْلِ ظاهِرَةً ، أو أتَتْ به

(١) فى : المغنى ٤٥٧/٨ .

الشرح الكبير

أو تكونَ أماراتُ الحَمْلِ ظاهرةً ، أو أتَتْ به على وَجْهٍ يَغْلِبُ على الظنِّ أنَّه كان موجودًا بأماراتِ الحَمْلِ بحيث يُحْكَمُ لها بكَوْنِها حامِلًا ، صَحَّتِ الوصيةُ له ؛ لأنَّه يَثْبُتُ له أحْكامُ الحَمْلِ فى غيرِ هذا الحُكْمِ ، وقد انْتَفَتْ أسبابُ حُدُوثِه ظاهِرًا ، فيَنْبَغِى أن تَثْبُتَ له الوصيةُ ، والحُكْمُ بإلحاقِه

الإنصاف

على وَجْهٍ يغْلِبُ على الظَّنِّ أنَّه كان مَوْجودًا بأماراتِ الحَمْلِ ، بحيثُ يُحْكَمُ لها بكَوْنِها حامِلًا ، صحَّتِ الوَصِيَّةُ له . انتهى . قلتُ : وهذا هو الصَّوابُ . وجزَم به فى « الكافِى » . قال الزَّرْكَشِىُّ : جزَم [٢/٢٧٠و] به فى « المُغْنِى » . وليس كذلك . وقد تقدَّم لفْظُه . قال فى « المُجَرَّدِ » : ولا تصِحُّ الوَصِيَّةُ للحَمْلِ ، إلَّا أنْ تضَعَه لدُونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن حينِ الوَصِيَّةِ . وقيل : إذا وضَعَتْه بعدَها ، لزَوْجٍ أو سيِّدٍ ، و لم يلْحَقْهما نسَبُه إلَّا بتَقْديرِ وَطْءٍ قبلَ الوَصِيَّةِ ، صحَّتْ له أيضًا . انتهى . وقال فى « الفُروعِ » : فإنْ أتَتْ به لأكثَرَ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ ، ولا وَطْءَ ، فوَجْهان . ما لم يُجاوِزْ أكثرَ مُدَّةِ الحَمْلِ . وقال فى « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » : ولا تصِحُّ وَصِيَّةٌ لحَمْلٍ إلَّا أنْ يُولَدَ حَيًّا قبلَ نِصْفِ سَنَةٍ منذُ وُصِّىَ له . وإنْ وُلِدَ بعدَها قبلَ أكثرِ مُدَّةِ الحَمْلِ ، إذا لم يلْحَقْ ، فلا تصِحُّ الوَصِيَّةُ له ، وإنْ كانَتْ بائنًا ، فكذلك . وقيل : لا تصِحُّ الوَصِيَّةُ ، وإنْ وَلَدَتْه بعدَ أكثرِ مُدَّةِ الحَمْلِ مِن حينِ الفُرْقَةِ ، وأكثَرَ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن حينِ الوَصِيَّةِ ، لم يلْحَقْه ، فلا تصِحُّ الوَصِيَّةُ له . وإنْ ولَدَتْه لأقَلَّ مِن أرْبَعِ سِنِينَ منذُ الفُرْقَةِ ، لَحِقَه ، وصحَّتْ . وإنْ وَصَّى لحَمْلٍ مِن زَوْجٍ أو سيِّدٍ يلْحَقُه ، صحَّتْ ، وإنْ كان منْفِيًّا بلِعانٍ ، أو بدَعْوَى الاسْتِبْراءِ ، فلا ، وإنْ كانتْ فِراشًا لزَوْجٍ أو سيِّدٍ ، وما يطَؤُها ؛ لبُعْدٍ ، أو مرَضٍ ، أو أسْرٍ ، أو حَبْسٍ ، لَحِقَه ، وصحَّتِ الوَصِيَّةُ . وقيل : وكذا إنْ وَطِئَها . ويحْتَمِلُ أنْ يلحَقَه إنْ ظَنَنَّا أنَّه كان مَوْجودًا حينَ الوَصِيَّةِ . انتهى .

الشرح الكبير

بالزَّوْجِ والسَّيِّدِ فى تلك الصُّوَرِ إنَّما كان احْتِياطًا للنَّسَبِ ، فإنَّه يَلْحَقُ بمُجَرَّدِ الاحْتِمالِ وإن كان بَعِيدًا ، ولا يَلْزَمُ مِن إثْباتِ النَّسَبِ بمُطْلَقِ الاحْتِمالِ نَفىُ اسْتِحْقاقِ الوصيةِ ، فإنَّه لا يُحْتَاطُ لإبْطالِ الوصيةِ كما يُحْتَاطُ لإثْباتِ النَّسَبِ ، فلا يَلْزَمُ إلحاقُ ما لا يُحْتاطُ له بما يُحْتاطُ له مع ظُهُورِ ما يُثْبِتُه ويُصَحِّحُه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه إذا أتَتْ به لأكْثَرَ مِن سَنَتَيْن إذا كانت بائِنًا ، لا تَثْبُتُ له الوصيةُ ، بِناءً على أنَّ أكْثَرَ مُدَّةِ الحَمْلِ سَنَتان .

الإنصاف

تنبيه : قَوْلُ المُصَنِّفِ : لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ ، ولأقَلَّ مِن أرْبَعِ سِنِينَ . وكذا قال الأصحابُ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : ولم يذْكُرِ المُصَنِّفُ بأنْ تَضَعَه لسِتَّةِ أشْهُرٍ ، أو لأرْبَعِ سِنِينَ ، ولابُدَّ منها ؛ فإنَّها إذا وضَعَتْه لسِتَّةِ أشْهُرٍ ، أو لأرْبَعِ سِنِينَ ، عُلِمَ أيضًا أنَّه كان مَوْجودًا ؛ لاسْتِحالَةِ أنْ يُولَدَ وَلَدٌ لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ . انتهى . وتبِعَ فى ذلك المُصَنِّفَ فى « المُغْنِى » . والصَّوابُ ما قالَه المُصَنِّفُ هنا والأصحابُ ؛ ولذلك قال الزَّرْكَشِىُّ : انْعَكَسَ على ابنِ مُنَجَّى الأمْرُ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو وَصَّى لحَمْلِ امْرَأةٍ ، فولَدَتْ ذكَرًا وأُنْثَى ، تَساوَيا فى ذلك . وأمَّا الوَصِيَّةُ بالحَمْلِ ، فتأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى أوَّلِ بابِ المُوصَى به . الثَّانيةُ ، لو قال : إنْ كان فى بَطْنِك ذكَرٌ ، فله كذا ، (1)وإنْ كان أُنْثَى ، فكذا . فكانَ فيه ذكَرٌ وأُنْثَى ، فلهما ما شرَطَ . ولو كان قال : إنْ كان ما فى بَطْنِك ذكَرٌ ، فله كذا(1) ، وإنْ كان ما فى بَطْنِك أُنْثَى ، فله كذا . فكان فيه ذكَرٌ وأُنْثَى ، فلا شىءَ لهما . قالَه فى « الفُروعِ » . وإنْ كان خُنْثَى ، فى المَسْأَلَةِ الأُولَى ، فقال فى « الكافِى » : له ما للأُنْثَى حتى يتبَيَّنَ أمْرُه .

(1 - 1) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإنْ وَصَّى لِمَنْ تَحْمِلُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ ، لَمْ تَصِحَّ .

الشرح الكبير

٢٦٩١ – مسألة : (وإن [٥/١٨٥ ظ] وَصَّى لِمَن تَحْمِلُ هذه المرأةُ ، لم تَصِحَّ) وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ : تَصِحُّ ، كما تَصِحُّ الوصيةُ بما تَحْمِلُ هذه الجارِيةُ . ولَنا ، أنَّ الوصيةَ تَمْليكٌ ، فلا تَصِحُّ للمَعْدُومِ ، بخِلافِ المُوصَى به ، فإنَّه يُمْلَكُ ، فلم يُعْتَبَرْ وُجُودُه ، ولأنَّ الوصيةَ جَرَتْ مَجْرَى المِيراثِ ، ولو ماتَ إنْسانٌ لم يَرِثْه مِن الحَمْلِ إلَّا مَن كان مَوْجُودًا ، كذلك الوصيةُ . ولو تَجَدَّدَ للمَيِّتِ مالٌ بعدَ مَوْتِه ، بأن يَسْقُطَ فى شَبَكَتِه صَيْدٌ ، لوَرِثَهُ وَرَثَتُه ، ولذلك قَضَيْنا بثُبُوتِ الإرْثِ فى دِيَتِه ، وهى تَتَجَدَّدُ بعدَ مَوْتِه ، فجازَ أن تُمْلَكَ بالوصيةِ . فإن قِيلَ : فلو وَقَف على مَن يَحْدُثُ مِن وَلَدِه أو وَلَدِ فلانٍ ، صَحَّ ، فالوصيةُ أوْلَى ؛ لأنَّها تَصِحُّ بالمَعْدُومِ والمَجْهُولِ ، بخِلافِ الوَقْفِ . قلنا : الوصيةُ أُجْرِيَتْ مُجْرَى المِيراثِ ، ولا يَحْصُلُ المِيراثُ إلَّا لمَوْجُودٍ ، فكذا الوصيةُ ، والوَقفُ يُرادُ للدَّوامِ ، فمِن ضَرُورَتِه إثْباتُه للمَعْدُومِ .

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى لمَن تحْمِلُ هذه المَرْأَةُ ، لم تصِحَّ . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : تصِحُّ . وجزَم ابنُ رَزِينٍ بصِحَّةِ الوَصِيَّةِ للمَجْهولِ والمَعْدومِ ، وصِحَّتِها بهما أيضًا . قال فى « القَواعِدِ » : لا تصِحُّ لمَعْدومٍ بالأصالَةِ ، كمَن تحْمِلُ هذه الجارِيَةُ . صرَّح به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وفى دُخولِ المُتَجدِّدِ بعدَ الوَصِيَّةِ ، وقبلَ موتِ المُوصِى ، رِوايَتان . وذكَر القاضى ، فى مَن وصَّى لمَوالِيه ، وله مُدَبَّرون ، وأمَّهاتُ أوْلادٍ[1] ، أنَّهم يدْخُلونَ ، وعلَّلَ بأنَّهم مَوالٍ[8] حالَ

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وإذا وَصَّى لحَمْلِ امرأةٍ ، فوَلَدَتْ ذَكَرًا وأُنْثَى ، فالوصيةُ لهما بالسَّويةِ ؛ لأنَّ ذلك عَطِيَّةٌ وهِبَةٌ ، فأشْبَهَ ما لو وَهَبَهما شيئًا بعدَ وِلادَتِهما . وإن فاضَلَ بينَهما ، فهو على ما قال ، كالوَقْفِ . وإن قال : إن كان فى بَطْنِها غُلامٌ فله دِيناران ، وإن كانت فيه جارِيَةٌ فلها دِينارٌ . فوَلَدَتْ غُلامًا وجارِيَةً ، فلكلِّ واحدٍ[1] منهما ما وَصَّى له به ؛ لأنَّ الشَّرْطَ وُجِد فيه . وإن وَلَدَتْ أحَدَهما مُنْفَرِدًا ، فله وَصِيَّتُه . ولو قال : إن كان حَمْلُها -أو - إن كان ما فى بَطْنِها غُلامًا فله دِيناران ، وإن كانت جارِيَةً فلها دِينارٌ . فوَلَدَتْ أحَدَهما مُنْفَرِدًا ، فله وَصِيَّتُه . وإن وَلَدَتْ غُلامًا وجارِيةً ، فلا شئَ لهما ؛ لأنَّ أحَدَهما ليس هو جَمِيعَ الحَمْلِ ، ولا كلَّ ما فى البَطْنِ . وبه قال أصحابُ الرَّأْيِ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ .

الإنصاف

الموتِ ، والوَصِيَّةُ تُعْتَبَرُ بحالِ الموتِ . وخرَّجه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، على الخِلافِ فى المُتَجدِّدِ بينَ الوَصِيَّةِ والمَوْتِ ، قال : بل هذا مُتَجَدِّدٌ بعدَ المَوْتِ ، فمَنْعُه أوْلَى . وأفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أيضًا ، بدُخولِ المَعْدومِ فى الوَصِيَّةِ تبَعًا ، كمَن وَصَّى بغَلَّةِ ثَمَرِه للفُقَراءِ ، إلى أنْ يحْدُثَ لوَلَدِه ولَدٌ .

فائدة : لو وَصَّى بثُلُثِه لأحَدِ هذين ، أو قال : لجارِى . أو : قَرِيبِى فُلانٍ . باسْمٍ مُشْتَرَكٍ ، لم تصِحَّ الوَصِيَّةُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، تصِحُّ ، كقَوْلِه : أعْطُوا ثُلُثِى أحدَهما . فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » ، فيما إذا قال : لجارِى . أو : قَرِيبِى فُلانٍ . باسْمٍ مُشْتَرَكٍ : أصحُّ الرِّوايتَيْن عندَ الأصحابِ ، لا تصِحُّ ؛ للإبْهامِ . واخْتارَ الصِّحَّةَ فى

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ قَتَلَ الْوَصِىُّ الْمُوصِىَ ، بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ ، وَإِنْ جَرَحَهُ ، ثُمَّ أَوْصَى لَهُ ، فَمَاتَ مِنَ الْجُرْحِ ، لَمْ تَبْطُلِ الْوَصِيَّةُ ، فِى ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : فِى الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ رِوَايَتَانِ .

الشرح الكبير

٢٦٩٢ – مسألة : (وإن قَتَل الوَصِىُّ المُوصِىَ ، بَطَلَتِ الوصيةُ ، وإن جَرَحَه ، ثم أوْصَى له ، فمات مِن الجُرْحِ ، لم تَبْطُلْ ، فى ظاهِرِ كَلامِه . وقال أصحابُنا : فى الوصيةِ للقاتِلِ رِوايتان) اخْتَلَفَ أصحابُنا

الإنصاف

غيرِ الأُولَى ؛ القاضى ، وأبو بَكْرٍ فى « الشَّافِى » ، وابنُ رَجَبٍ . وتقدَّم فى التى قبلَها كلامُ ابنِ رَزِينٍ . وجزَم المُصَنِّفُ فى « فَتاوِيه » ، بعَدَمِ الصِّحَّةِ فى المَسْأَلَةِ الأُولَى . فعلى القَوْلِ بالصِّحَّةِ ، فقيل : يُعَيِّنُه الوَرَثَةُ . جزَم به فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقيل : يُعَيَّنُ بقُرْعَةٍ . قطَع به فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وهو الصَّوابُ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « قَواعِدِ الأُصُولِ » . فعلى المذهبِ ، لو قال : عَبْدِى غانِمٌ حرٌّ بعدَ مَوْتِى ، وله مِائَةٌ . وله عَبْدان بهذا الاسْمِ ، عَتَقَ أحدُهما بقُرْعَةٍ ، ولا شىءَ له . نقلَه يعْقُوبُ ، وحَنْبَلٌ . وعلى الثَّانيةِ ، هى له مِن ثُلُثِه . اخْتارَه أبو بَكْرٍ .

تنبيه : قال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ بعدَ المِائَةِ » : محَلُّ الخِلافِ فيما إذا قال : لجارِى فُلانٍ . باسْمٍ مُشْتَرَكٍ ، إذا لم يكُنْ قَرِينَةٌ ، فإنْ كان ثَمَّ قرِينَةٌ ، أو غيرُها ، أنَّه أرادَ مَعيَّنًا منهما ، وأشْكَلَ علينا مَعْرِفَتُه ، فهنا تصِحُّ الوَصِيَّةُ بغيرِ تردُّدٍ ، ويَخْرُجُ المُسْتَحِقُ منهما بالقُرْعَةِ . فى قِياسِ المذهبِ .

قوله : وإنْ قتَل الوَصِىُّ المُوصِى ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ . هذا المذهبُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى ، وابنُ أبى مُوسى ، وأبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ،

الشرح الكبير

فى الوصيةِ للقاتِلِ على ثلاثةِ أوْجُهٍ ؛ فقال ابنُ حامدٍ : تَجُوزُ الوصيةُ له . واحْتَجَّ بقولِ أحمدَ ، فى مَن جَرَح رجلًا خِطأً فعَفا المَجْرُوحُ ، فقال أحمدُ : تُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ . قال : وهذه وصيةٌ لقاتِلٍ . وهو قولُ مالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وأظْهَرُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الهِبَةَ له تَصِحُّ ، فصَحَّتِ الوصيةُ له ، كالذِّمِّىِّ . وقال أبو بكرٍ : لا تَصِحُّ الوصيةُ له ؛ فإنَّ أحمدَ قد نَصَّ على أنَّ المُدَبَّرَ إذا قَتَلَ سَيِّدَه ، بَطَلَ تَدْبِيرُه ، والتَّدْبِيرُ وصيةٌ . وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ القَتْلَ يَمْنَعُ [١٨٦/٥ و] المِيراثَ الذى هو آكَدُ مِن الوصيةِ ، فالوصيةُ أوْلَى ، ولأنَّ الوصيةَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى المِيراثِ ، فيَمْنَعُها ما يَمْنَعُه . وقال أبو الخَطّابِ : إن وَصَّى له بعدَ جَرْحِه ،

الإنصاف

وغيرُهم . [٢٧٠/٢ظ] وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال فى « القَواعِدِ » : بَطَلَتْ ، رِوايَةً واحدةً ، على أصحِّ الرِّوايتَيْن . وعنه ، لا تبطُلُ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ . قال الحارِثِىُّ : اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وابنُ بكْروسٍ ، وغيرُهم .

قوله : وإنْ جرَحَه ، ثُمَّ أَوْصَى له فماتَ مِنَ الجُرْحِ ، لم تبْطُلْ ، فى ظاهِرِ كَلامِه . وهو المذهبُ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وابنُ بكْروسٍ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وغيرُهم . (١)وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم(١) . وقيل : تبْطُلُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى . وجزَم به ابنُ أبى مُوسى .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

صَحَّ ، وإن وَصَّى له قبلَه ، ثم طَرَأ القَتْلُ على الوصيةِ ، أبْطَلَها ، جَمْعًا بينَ نَصَّىْ أحمدَ فى المَوْضِعَيْن . وهو قولُ الحسنِ بنِ صالحٍ . وهذا قولٌ حسنٌ ؛ لأنَّ الوصيةَ بعدَ الجَرْحِ صَدَرَتْ مِن أهْلِها فى مَحَلِّها ، لم يَطْرَأْ عليها ما يُبْطِلُها ، بخِلافِ ما إذا تَقَدَّمَتْ ، فإنَّ القَتْلَ طَرَأَ عليها فأبْطَلَها ؛ فإنَّه يُبْطِلُ ما هو آكَدُ منها . يُحَقِّقُه أنَّ القَتْلَ إنَّما يَمْنَعُ المِيراثَ لكونِه بالقَتْلِ اسْتَعْجَلَ المِيراثَ الذى انْعَقَدَ سَبَبُه ، فعُورِضَ بنَقِيضِ قَصْدِه ، وهو مَنْعُ المِيراثِ ؛ دَفْعًا لمَفْسَدَةِ قَتْلِ المَوْرُوثِين ، ولذلك بَطَلَ التَّدْبيرُ بالقَتْلِ الطّارِئِ عليه أيضًا ، وهذا المَعْنَى مُتَحَقِّقٌ فى القَتْلِ الطارِئِ على الوَصِيَّةِ ، فإنَّه رُبَّما اسْتَعْجَلَها بقَتْلِه . وفارَقَ القَتْلَ قبلَ الوصيةِ ؛ لأنَّه لم يَقْصِدْ به اسْتِعْجالَ مالٍ ، لعَدَمِ انْعِقادِ سَبَبِه ، والمُوصِى راضٍ بالوصيةِ له بعدَ ما صَدَر منه فى حَقِّه . وعلى هذا ، لا فَرْقَ بينَ الخَطَأ والعَمْدِ [1]فى هذا[1] ، كما لا تَفْتَرِقُ الحالُ بذلك فى المِيراثِ .

الإنصاف

قوله : وقال أَصحابُنا : فى الوَصِيَّةِ للقاتلِ رِوايَتان . قالَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : فى الحالَيْن رِوايَتان . وقال فى « الفُروعِ » : وقال جماعةٌ : فى الوَصِيَّةِ للقاتلِ رِوايَتان ، سواءٌ أَوْصَى له قبلَ الجُرْحِ ، أو بعدَه ؛ إحْداهما ، تَصِحُّ . اخْتارَها ابنُ حامِدٍ . والثَّانيةُ ، لا تَصِحُّ . اخْتارَها أبو بَكْرٍ . [2]فتَلَخَّصَ لنا فى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ للقاتلِ ثلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ الصِّحَّةُ مُطْلَقًا . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ . وعدَمُها مُطْلَقًا . اخْتارَه أبو بَكْرٍ[2] . والفَرْقُ بينَ أنْ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لِصِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، أَوْ لِجَمِيعِ الْأَصْنَافِ ، صَحَّ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ الْقَدْرَ الَّذِى يُعْطَاهُ مِنَ الزَّكَاةِ .

الشرح الكبير

٢٦٩٣ - مسألة : (وإن وَصَّى لصِنْفٍ مِن أصْنافِ الزكاةِ ، أو لِجَميعِ الأصْنافِ ، صَحَّ) لأنَّهم مِن أبْوابِ البِرِّ ، فصَحَّتْ لهم ، كغيرِهم (ويُعْطَى كلُّ واحِدٍ منهم القَدْرَ الذى يُعْطاه مِن الزكاةِ) قِياسًا عليها ؛ لأنَّ

الإنصاف

يُوصِىَ له بعدَ الجُرْحِ ، فيصِحُّ ، وقبلَه ، لا يصِحُّ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . ويأْتِى نظِيرُ ذلك فى بابِ العَفْوِ عنِ القِصاصِ ، فيما إذا أبْرَأَ مَن قتَلَه مِنَ الدِّيَةِ ، أو وَصَّى له بها . وقال فى « الرِّعايَةِ » : وقيل : الوَصِيَّةُ والتَّدْبيرُ كالإِرْثِ . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ المُوصَى به ، إذا قُتِلَ وأُخِذَتِ الدِّيَةُ ، هل تدْخُلُ فى الوَصِيَّةِ ، أمْ لا ؟

فائدة : مِثْلُ هذه المَسْأَلَةِ ، لو دَبَّرَ عَبْدَه ، وقتلَ سيِّدَه (١أو جرَحَه١) . خِلافًا ومذهبًا . قالَه الأصحابُ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيل : يَبْطُلُ[٢] تَدْبيرُ العَبْدِ ، دُونَ الأمَةِ . وقال فى « الفُروعِ » : فإنْ جعَل التَّدْبيرَ عِتْقًا بصِفَةٍ ، فوَجْهان . وأطْلَقَهما . ويأْتِى هذا آخِرَ التَّدْبيرِ مُحَرَّرًا .

قوله : وإنْ وَصَّى لصِنْفٍ مِن أَصْنافِ الزَّكاةِ ، أو لجَميعِ الأَصْنافِ ، صَحَّ ، ويُعطَى كُلُّ واحِدٍ منهم القَدْرَ الَّذى يُعْطاه فى الزَّكاةِ . وهذا المذهبُ . وجزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، وغيرُهم . قال فى « الفُروعِ » ، فى كتابِ الوَقْفِ ، فيما إذا وقَف على الفُقَراءِ : لا يجوزُ إعْطاءُ الفَقيرِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

المُطْلَقَ مِن كلامِ الآدَمِيِّ يُحْمَلُ على المُطْلَقِ مِن كلامِ اللهِ تعالى ، ولَمّا أطْلَقَ اللهُ تعالى إعْطاءَهم مِن الزكاةِ حُمِل على ذلك ، كذلك هذا . قال شيخُنا[1] : وإذا وَصَّى لأصْنافِ الزكاةِ المَذْكُورين فى القرآنِ ، فهم الذين يَسْتَحِقُّون الزكاةَ ، ويَنْبَغِي أن يُجْعَلَ لكلِّ صِنْفٍ ثُمْنُ الوصيةِ ، كما لو وَصَّى لثمانِ قَبائِلَ ، والفَرْقُ بينَ هذا وبينَ الزكاةِ - حيث يَجُوزُ

الإنصاف

أكثرَ ممَّا يُعْطَى مِنَ الزَّكاةِ فى المَنْصوصِ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » وغيرِه هناك ، وقدَّمه فى « النَّظْمِ » هنا ، وقال : وقيل : يُعْطَى كُلُّ صِنْفٍ ثُمْنًا . وقيل : يجوزُ . فاخْتارَ أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، جَوازَ زِيادةِ المِسْكِينِ على خَمْسِين ، وإنْ منَعْناه منها فى الزَّكاةِ . ذكَرُوه فى الوَقْفِ ، وهذا مِثْلُه . قال الحارِثِىُّ هنا : وهو الأقْوَى . وتقدَّم ذلك . وتقدَّم أيضًا ، أنَّه لو وقَف على الفُقَراءِ ، دخَل المَساكِينُ ، وكذا عكْسُه يدْخُلُ الفُقَراءُ . وتقدَّم هناك قوْلٌ بعدَمِ الدُّخولِ . وحُكْمُ القَدْرِ الذى يُعْطَى كلُّ واحدٍ مِن أصْنافِ الزَّكاةِ مِنَ الوَصِيَّةِ ، حُكْمُ ما يُعْطَى مِنَ الوَقْفِ عليهم ، على ما تقدَّم ، فلْيُعاوَدْ .

فائدة : قال فى « الفائقِ » وغيرِه : الرِّقابُ ، والغارِمُونَ ، وفى سَبِيلِ اللهِ ، وابنُ السَّبِيلِ ، مَصارِفُ الزَّكاةِ . وكذا قال فى « الفروعِ » ، فى كتابِ الوَقْفِ . فيُعْطَى فى فداءِ الأَسْرَى لمَن يفْدِيهم . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : أو يُوَفَّى ما اسْتُدِينَ فيهم . انتهى . قلتُ : أمَّا إذا وصَّى لجميعِ أصْنافِ الزَّكاةِ ، كما قال المُصَنِّفُ هنا ، فإنَّهم يُعْطَوْن بأجْمَعِهم . وكذا لو أوْصَى لأصْنافِ الزَّكاةِ ، فتُعْطَى الأصْنافُ الثَّمانِيَةُ . أعْنِى أنَّهم أهْلٌ للإعْطاءِ ؛ لدُخولِهم فى كلامِه . وحُكْمُ

---

(1) فى : المغنى ٨/٥٣٧ .

الشرح الكبير

الاقْتِصارُ على صِنْفٍ واحِدٍ - أنَّ آيةَ الزكاةِ أُرِيدَ بها بَيانُ مَن يجوزُ الدَّفْعُ إليه ، والوصيةُ أُرِيدَ بها بَيانُ مَن يَجِبُ الدَّفْعُ إليه . ويجوزُ الاقْتِصارُ مِن كلِّ صِنْفٍ على واحِدٍ فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اسْتِيعابُهم . وحُكِىَ هذا عن أصحابِ الرَّأْىِ . وعن محمدِ بنِ الحسنِ أنَّه قال : لا يَجُوزُ الدَّفْعُ إلى أقَلَّ مِن اثْنَيْن . وعن أحمدَ روايةٌ ثانيةٌ ، أنَّه لا يجوزُ الدَّفْعُ إلى أقَلَّ مِن ثلاثةٍ مِن كلِّ صِنْفٍ . حَكاها أبو الخَطّابِ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ . وقد ذَكَرْنا ذلك وأدِلَّتَه فى الزَّكاةِ[1] . ولا يجوزُ الصَّرْفُ إلَّا إلى المُسْتَحِقِّ مِن أهْلِ بَلَدِه . كما ذَكَرْنا فى الزكاةِ[2] .

فصل : وإذا أوْصَى للفُقَراءِ وَحْدَهم ، دَخَل فيه [١٨٦/٥ ظ] المَساكِينُ ، وكذلك إن وَصَّى للمَساكِينِ دَخَلَ فيه[3] الفُقَراءُ ؛ لأنَّهم صِنْفٌ واحِدٌ فى غيرِ الزكاةِ ، إلَّا أن يَذْكُرَ الصِّنْفَيْن جميعًا ، فيَدُلُّ ذلك على أنَّه أراد المُغايَرَةَ بينَهما . ويُسْتَحَبُّ تَعْمِيمُ مَن أمْكَنَ منهم ، والدَّفْعُ إليهم على قَدْرِ الحاجَةِ ، والبِدايَةُ بأقارِبِ المُوصِى ، كما ذَكَرْنا فى الزكاةِ .

الإنصاف

إعْطائِهم هنا كالزَّكاةِ . وصرَّح بذلك المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقالوا : يَنْبَغِى أنْ يُعْطَى لكُلِّ صِنْفٍ ثُمْنُ الوَصِيَّةِ ، كما لو أوْصَى لثَمانِ قَبائِلَ . وفرَّقُوا بينَ هذا وبينَ الزَّكاةِ ، حيثُ يجوزُ الاقْتِصارُ على صِنْفٍ واحدٍ ، أنَّ آيَةَ الزَّكاةِ أُرِيدَ فيها بَيانُ مَن يجوزُ الدَّفْعُ إليه ، والوَصِيَّةُ أُرِيدَ بها

---

(١) انظر ما تقدم فى ٢٧٤/٧ - ٢٧٨ .

(٢) انظر ما تقدم فى ١٧١/٧ - ١٧٣ .

(٣) فى م : « فيهم » .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لِكَتْبِ الْقُرْآنِ ، أَوِ الْعِلْمِ ، أَوْ لِمَسْجِدٍ ، أَوْ لِفَرَسٍ حَبِيسٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ ، صَحَّ ، وَإِنْ مَاتَ الْفَرَسُ رُدَّ الْمُوصَى بِهِ أَوْ بَاقِيهُ إِلَى الْوَرَثَةِ .

الشرح الكبير

٢٦٩٤ – مسألة : (وإن وَصَّى لكَتْبِ القُرْآنِ ، أو العِلْمِ ، أو لمسجدٍ ، أو لفَرَسٍ حَبِيسٍ يُنْفَقُ عليه ، صَحَّ) لأنَّ ذلك قُرْبَةٌ يَصِحُّ بَذْلُ المالِ فيه ، فصَحَّتِ الوصيةُ له ، كالوصيةِ للفُقَراءِ (فإن مات الفَرَسُ رُدَّ المُوصَى به أو باقيه إلى الوَرَثَةِ) لأنَّه عَيَّنَ للوصيةِ جِهَةً ، فإذا فاتَتْ عادت إلى الورثةِ ، كما لو وَصَّى أن يُشْتَرَى عبدُ زيدٍ فيُعْتَقَ ، فمات العَبْدُ ، أو لم يَبِعْه سَيِّدُه ، أو تعَذَّرَ شِراؤُه . وإن أنْفقَ بعضَ الدَّراهِمِ ثم مات الفَرَسُ ، بَطَلَتِ الوصيةُ فى الباقِى ، كما لو وَصَّى بشِراءِ عَبْدَيْن مُعَيَّنَيْن ، فاشْتَرَى أحَدَهما ومات الآخَرُ قبلَ شِرائِه . قال الأثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ يُسْأَلُ

الإنصاف

بيانُ مَن يجبُ الدَّفْعُ إليه . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : وإنْ وَصَّى لأَصْنافِ الزَّكاةِ الثَّمانِيَةِ ، فلكُلِّ صِنْفٍ الثُّمْنُ ، ويكْفِى مِن كُلِّ صِنْفٍ ثَلاثَةٌ ، وقيل : بل واحِدٌ . ويُسْتَحَبُّ إعْطاءُ مَن أمْكَنَ منهم بقَدْرِ الحاجَةِ ، وتَقْديمُ أقارِبِ المُوصِى ، ولا يُعْطَى إلَّا مُسْتَحِقٌّ مِن أهْلِ بلَدِه . انتهى . قال الحارِثِىُّ : وظاهِرُ كلامِ الأصحابِ جَوازُ الاقْتِصارِ على البَعضِ ، كالزَّكاةِ . والأَقْوَى ، أنَّ لكُلِّ صِنْفٍ ثُمْنًا . قال : والمذهبُ جَوازُ الاقْتِصارِ على الشَّخْصِ الواحدِ مِنَ الصِّنْفِ . وعندَ أبى الخَطَّابِ ، لابُدَّ مِن ثلاثةٍ ، لكِنْ لا تجِبُ التَّسْوِيَةُ .

قوله : وإنْ وَصَّى لفَرَسٍ حَبِيسٍ يُنْفَقُ عليه ، صَحَّ ، وإنْ ماتَ الفَرَسُ رُدَّ المُوصَى به أو باقِيه إلى الوَرَثَةِ . هذا المذهبُ . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ،

الشرح الكبير

عن رجل أوْصَى بألْفِ دِرْهَمٍ فى السَّبِيلِ ، أيُجْعَلُ فى الحَجِّ منها ؟ قال : لا ، إنَّما يَعْرِفُ النّاسُ السَّبِيلَ الغَزْوَ .

فصل : إذا قال : يَخدِمُ عَبْدِى فُلانًا[1] سَنَةً ، ثم هو حُرٌّ . صَحَّتِ الوصيةُ . فإن قال المُوصَى له بالخِدْمَةِ : لا أقْبَلُ الوصيةَ . أو قال : قد وَهَبْتُ الخِدْمَةَ له[2] . لم يَعْتِقْ فى الحالِ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال مالكٌ : إن وَهَب الخِدْمَةَ للعَبْدِ ، عَتَقَ فى الحالِ . ولَنا ، أنَّه أوْقَعَ العِتْقَ بعدَ مُضِىِّ السَّنَةِ ، فلم يَقَعْ قبلَه ، كما لو رَدَّ الوصيةَ .

فصل : وإن وَصَّى أن يُشْتَرَى عَبْدُ زيدٍ بخَمْسِمائةٍ ، فيُعْتَقَ ، فلم يَبِعْه سَيِّدُه ، فالخَمْسُمائةِ للورثةِ . وكذلك إنِ امْتَنَعَ مِن بَيْعِه بالخَمْسِمائةِ ، أو تَعَذَّرَ شِراؤُه بمَوْتِه ، أو لعَجْزِ الثُّلُثِ عن ثَمَنِه ، فالثَّمَنُ للورثةِ ؛ لأنَّ الوصيةَ بَطَلَتْ لتَعَذُّرِ العَمَلِ بها ، فأشْبَهَ ما لو وَصَّى لرجلٍ فمات قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، أو بعدَه ولم يَدَعْ وارِثًا . ولا يَلْزَمُ الورثةَ شِراءُ عَبْدٍ آخَرَ ؛ لأنَّ الوصيةَ لمُعَيَّنٍ ، فلا تُصْرَفُ إلى غيرِه ، فإنِ اشْتَرَوْه بأقَلَّ مِن ذلك ، فالباقى للورثةِ . وقال الثَّوْرِىُّ : يُدْفَعُ جميعُ الثَّمنِ إلى سَيِّدِ العَبْدِ ؛ لأنَّه قَصَد إرْفاقَه بالثَّمَنِ ومُحاباتَه ، فأشْبَهَ ما لو قال : بِيعُوه عَبْدِى بخَمْسِمائةٍ . وقِيمَتُه

الإنصاف

وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : يُصْرَفُ إلى فَرَسٍ آخَرَ حَبِيسٍ . وهو احْتِمالٌ لأبى الخَطَّابِ .

---

(١) فى النسختين : « فلان » . وانظر المغنى ٨/٥٧٩ .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

أَكْثَرُ منها ، وكما لو وَصَّى أن يَحُجَّ عنه فلانٌ بخَمْسِمائةٍ ، وهى أَكْثَرُ مِن أجْرِ المِثْلِ . وقال إسحاقُ : يُجْعَلُ بَقِيَّةُ الثَّمَنِ فى العِتْقِ ، كما لو وَصَّى أن يُحَجَّ عنه بخَمْسِمائةٍ ، رُدَّ ما فَضَل فى الحَجِّ . ولَنا ، أنَّه أمَرَ بشِرائِه بخَمْسِمائةٍ ، فكان ما فَضَل مِن الثَّمنِ راجِعًا إليه ، كما لو وَكَّلَ فى شِرائِه فى حَياتِه ، وفارَقَ ما إذا أوْصَى أن يَحُجَّ عنه رجلٌ بخَمْسِمائةٍ ؛ لأنَّ القَصْدَ ثَمَّ إرْفاقُ الذى يَحُجُّ بالفَضْلَةِ ، وفى مسألَتِنا المَقْصُودُ العِتْقُ . [١٨٧/٥ و] ويُفارِقُ ما إذا أوْصَى أن يُحَجَّ عنه بخَمْسِمائةٍ لغيرِ مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّ الوصيةَ ثَمَّ للحَجِّ مُطْلَقًا ، فتُصْرَفُ جَميعُها فيه ، وههُنا لمُعَيَّنٍ فلا تَتَعدّاه . وقولُه : إنَّه قَصَد إرْفاقَ زيدٍ ومُحاباتَه به . قلنا : إن كانت ثَمَّ قَرِينَةٌ تَدُلُّ على ذلك ، إمّا لكونِ البائعِ صَدِيقَه ، أو ذا حاجَةٍ ، أو مِن أهلِ الفَضْلِ الذين يُقْصَدُونَ بهذا ، أو كان يَعْلَمُ حُصُولَ العبدِ بدُونِ الخَمْسِمائةِ ؛ لقِلَّةِ قِيمَتِه ، فإنَّه يُدْفَعُ جميعُ الثَّمَنِ إلى زيدٍ ، كما لو صَرَّحَ بذلك ، فقال : ادْفَعُوا إليه جَمِيعَها وإن بَذَلَه بدُونِها . وإن عُدِمَتْ هذه القَرائِنُ ، فالظّاهِرُ أنَّه إنَّما قَصَد العِتْقَ ، وقد حَصَل ، فكان الثَّمنُ عائِدًا إلى الوَرَثَةِ ، كما لو أمَرَه بالشِّراءِ فى حَياتِه . قال شيخُنا[1] : وهذا الصحيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : ولو أوْصَى أن يُشْتَرَى عَبْدٌ بألْفٍ فيُعْتَقَ عنه ، فلم يَخْرُجْ مِن ثُلُثِه ، اشْتُرِىَ عَبْدٌ بالثُّلُثِ . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : تَبْطُلُ الوصيةُ ؛ لأنَّه أمَرَ بشِراءِ عبدٍ بألْفٍ ، فلا يَجُوزُ للمَأْمُورِ الشِّراءُ بدُونِه ،

الإنصاف

(١) فى : المغنى ٨/٥٢٤ .

كالوَكِيلِ . ولَنا ، أنَّها وصيةٌ يَجبُ تَنْفِيذُها إذا احْتَمَلَها الثُّلُثُ ، فإذا لم يَحْمِلْها وَجَب تَنْفِيذُها فيما حَمَلَه ، كما لو وَصَّى بعِتْقِ عَبْدٍ فلم يَحْمِلْه الثُّلُثُ ، وفارَقَ الوَكالَةَ ، فإنَّه لو وَكَّلَه فى إعْتاقِ عَبْدٍ لم يَمْلِكْ إعْتاقَ بَعْضِه ، ولو وَصَّى إليه بإعْتاقِ عبدٍ ، أعْتَقَ منه ما يَحْتَمِلُه الثُّلُثُ . فإن حَمَلَه الثُّلُثُ ، فاشْتَراه وأعْتَقَه ، ثم ظَهَر على المَيِّتِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ المالَ ، فالوصيةُ باطِلَةٌ ، ويُرَدُّ العبدُ إلى الرِّقِّ إن كان اشْتَراه بعَيْنِ المالِ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّ الشِّراءَ باطِلٌ ، لكونِه اشْتَرَى بمالٍ مُسْتَحَقٍّ للغُرَماءِ بغيرِ إذْنِهم ، وإن كان اشْتَراه فى الذِّمَّةِ ، صَحَّ الشِّراءُ ، ونَفَذ العِتْقُ ، وعلى المُشْتَرِى غرامَةُ ثَمنِه ، لا يَرْجِعُ به على أحَدٍ ؛ لأنَّ البائِعَ ما غَرَّه ، إنَّما غَرَّه المُوصِى ، ولا تَرِكَةَ له فيَرْجِعَ عليها . وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يُشارِكَ الغُرَماءَ فى التَّرِكَةِ ، ويَضْرِبَ معهم بقَدْرِ دَيْنِه ؛ لأنَّ الدَّيْنَ غَرِمَه بتَغْرِيرِ المُوصِى ، فيَرْجِعُ به عليه ، فإذا كان مَيِّتًا لَزِمَه فى تَرِكَتِه ، كأَرْشِ جنايَتِه .

فصل : وإن وَصَّى بشِراءِ عَبْدٍ[1] وأطْلَقَ ، أو بِبَيْعِ عبدِه وأطْلَقَ ، فالوصيةُ باطِلَةٌ ؛ لأنَّ الوصيةَ لا بُدَّ لها مِن مُسْتَحِقٍّ ، ولا مُسْتَحِقَّ ههُنا . فإن وَصَّى ببَيْعِه بشَرْطِ العِتْقِ ، صَحَّتِ الوصيةُ ، وبِيعَ كذلك ؛ لأنَّ فى البَيْعِ ههُنا[2] نَفْعًا للعَبْدِ بالعِتْقِ . فإن لم يُوجَدْ مَن يَشْتَرِيه كذلك ، بَطَلَتِ الوصيةُ ؛ لتَعَذُّرِها ، كما لو وَصَّى بشِراءِ عَبْدٍ يُعْتَقُ ، فلم يَبِعْه سَيِّدُه . وإن وَصَّى ببَيْعِه لرجلٍ بعَيْنِه بثَمَنٍ مَعْلُومٍ ، بِيعَ به[2] ؛ لأنَّه قَصَد إرْفاقَه

(١) فى النسختين : « عين » . وانظر المغنى ٨/٥٢٥ .

(٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى فِى أَبْوَابِ الْبِرِّ صُرِفَ فِى الْقُرَبِ . وَقِيلَ عَنْهُ : يُصْرَفُ فِى أَرْبَعِ جِهَاتٍ ؛ فِى أَقَارِبِهِ ، وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْحَجِّ ، وَالْجِهَادِ . وَعَنْهُ ، فِدَاءُ الْأَسْرَى مَكَانَ الْحَجِّ .

الشرح الكبير

بذلك فى الغالِبِ . وإن لم يُسَمِّ [١٨٧/٥ ظ] ثَمَنًا ، بِيعَ بقِيمَتِه ، وتَصِحُّ الوصيةُ ؛ لكونِه قَصَد إيصالَ العَبْدِ المُعَيَّنِ إلى رجلٍ بعَيْنِه ، فيَحْتَمِلُ أن يتعلَّقَ الغَرَضُ بإرْفاقِ العَبْدِ بإيصالِه إلى مَن هو مَعْرُوفٌ بحُسْنِ المِلْكِ وإعْتاقِ الرِّقاب . ويَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ إرْفاقَ المُشْتَرِى لمعنًى يَحْصُلُ له مِن العبدِ . فإن تَعذَّرَ بَيْعُه لذلك الرجلِ ، أو أبَى أن يَشْتَرِيَه بالثَّمنِ ، أو بقِيمَتِه إن لم يُعَيِّنِ الثَّمَنَ ، بَطَلَتِ الوصيةُ .

٢٦٩٥ – مسألة : (وإن وَصَّى فى أبْوابِ البِرِّ) فقال شيخُنا : يُصْرَفُ فى القُرَبِ كلِّها ؛ لأنَّ اللَّفْظَ للعُمُومِ ، فيَجِبُ حَمْلُه على عُمُومِه ، ولا يجوزُ تَخْصِيصُ العُمُومِ بغيرِ دَلِيلٍ (وقيل) عن أحمدَ : (يُصْرَفُ فى أرْبعِ جهاتٍ ؛ فى الأقارِب ، والمَساكِينِ ، والحَجِّ ، والجِهادِ . وعنه ، فِداءُ الأسْرَى مكانَ الحَجِّ) لأنَّ الصدقةَ على الأقارِبِ صدقةٌ وصِلَةٌ ، والمَساكِينُ مَصارِفُ الصدقاتِ ، والزكاةُ والحَجُّ والجِهادُ مِن أكْبَرِ شَعائِرِ

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى فى أَبْوابِ البِرِّ ، صُرِفَ فى القُرَبِ . هذا المذهبُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه [٢٧١/٢و] فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وقيلَ عنه : يُصْرَفُ فى أَرْبَعِ جِهاتٍ ؛ فى أقارِبِه ، والمَساكِينِ ، والحَجِّ ، والجِهادِ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : وهى

الشرح الكبير

الإسلامِ ، وفِداءُ الأسْرَى مِن أعْظَمِ القُرُباتِ . وقد نَقَلَ المَرُّوذِيُّ عن أحمدَ ، فى مَن أوْصَى بثُلُثِه فى أبْوابِ البِرِّ : يُجزَّأُ ثلاثةَ أجْزاءٍ ؛ جُزْءًا فى الجِهادِ ، وجُزْءًا يُتَصَدَّقُ به فى أقارِبِه ، وجُزْءًا فى الحَجِّ . وقال فى رِوايةِ أبى داودَ : الغَزْوُ يُبْدَأُ به . وحُكِىَ عنه ، أنَّه جَعَلَ جُزْءًا فى فِداءِ الأسْرَى . قال شيخُنا[1] : وهذا ، واللهُ أعلمُ ، ليس على سَبِيلِ اللُّزُومِ والتَّحْدِيدِ ، بل يجوزُ صَرْفُه فى جِهاتِ البِرِّ كلِّها ؛ لأنَّ اللَّفْظَ للعُمُومِ ، فيَجِبُ حَمْلُه على عُمُومِه ، ولأنَّه رُبَّما كان غيرُ هذه الجِهاتِ أحْوَجَ مِن بعضِها وأحَقَّ ، فقد تَدْعُو الحاجَةُ إلى تكْفِينِ مَيِّتٍ ، وإصلاحِ طَرِيقٍ ، وإعْتاقِ رَقَبَةٍ ، وقَضاءِ دَيْنٍ ، وإغاثَةِ مَلْهُوفٍ ، أكْثَرَ مِن دُعائِها إلى حَجِّ مَن لا يَجِبُ عليه الحَجُّ ، فيُكَلَّفُ وُجُوبَ ما لم يكنْ عليه واجِبًا ، وتَعَبًا كان اللهُ تعالى قد أراحَه منه ، مِن غيرِ مَصْلَحَةٍ تَعُودُ على أحَدٍ مِن خَلْقِ اللهِ تعالى ، فتَقْدِيمُ هذا على ما مَصْلَحَتُه ظاهِرَةٌ والحاجَةُ إليه داعِيَةٌ بغيرِ دَلِيلٍ ، تَحَكُّمٌ لا مَعْنَى له .

الإنصاف

المذهبُ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقيَّد فى « الفائقِ » وغيرِه الأقارِبَ بالذين لا يرِثونَ . وهو كما قال . وعنه ، فِداءُ الأسْرَى مَكانَ الحَجِّ . ونقَل المَرُّوذِيُّ ، فى مَن أوْصَى بثُلُثِه فى أبْوابِ البِرِّ ، يُجزَّأُ ثلاثَةَ أجْزاءٍ ؛ جُزْءٌ فى الحَجِّ ، وجُزْءٌ فى الجِهادِ ، وجُزْءٌ يُتَصدَّقُ به فى أقارِبِه . زادَ فى « التَّبْصِرَةِ » ، والمَساكِينِ . وعنه ، يُصْرَفُ فى الجِهادِ ، والحَجِّ ، وفداءِ الأسْرَى . قال المُصَنِّفُ ، عن هذه

---

(١) فى : المغنى ٨/٥٤٠ .

الشرح الكبير

فصل : وإن قال : ضَعْ ثُلُثِي حيث أراك اللهُ . فله صَرْفُه فى أىِّ جِهَةٍ مِن جهاتِ القُرَبِ رَأى وَضْعَه فيها ، عَمَلًا بمُقْتَضَى وَصِيَّتِه . وذَكَر القاضى أنَّه يَجِبُ صَرْفُه إلى الفُقَراءِ والمَساكِينِ ، والأفْضَلُ صَرْفُه إلى فُقَراءِ أقارِبه ، فإن لم يَجِدْ ، فإلى مَحارِمِه مِن الرَّضاعِ ، فإن لم يَكُنْ ، فإلى جِيرانِه . وقال أصحابُ الشافعىِّ : يَجِبُ ذلك ؛ لأنَّه رَدَّه إلى اجْتِهادِه فيما فيه الحَظُّ ، وهذا أحَظُّ . ولَنا ، أنَّه قد يَرَى غيرَ هذا أهَمَّ منه وأصْلَحَ ، فلا يجوزُ تَقْيِيدُه بالتَّحَكُّمِ . ونَقَل أبو داودَ عن أحمدَ ، أنَّه سُئِل عن رجلٍ أوْصَى

الإنصاف

الرِّواياتِ : وهذا ، واللهُ أعلمُ ، ليس على سبيلِ اللُّزومِ والتَّحْديدِ ، بل يجوزُ صَرْفُه فى الجهاتِ كُلِّها . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ لا يجبُ ذلك . وذكَر القاضى ، وصاحِبُ « التَّرْغيبِ » ، أنَّ قوْلَه : ضَعْ ثُلُثِي حيثُ أراك اللهُ . أو : فى سَبِيلِ البِرِّ والقُرْبَةِ . يصْرِفُه لفَقيرٍ ومِسْكينٍ وُجوبًا . قلتُ : هذا ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ؛ لحكايَتِهم الخِلافَ ، وإطْلاقِهم . فعلى المذهبِ ، أفْضَلُ القُرَبِ الغَزْوُ ، فيُبْدَأُ به . نصَّ عليه . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ ما تقدَّم فى أفْضَلِ الأعْمالِ . يعْنِى الذى حَكاه مِنَ الخِلافِ ، فى أوَّلِ صلاةِ التَّطَوُّعِ . وتقدَّم التَّنْبيهُ على ذلك فى الوَقْفِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو قال : ضَعْ ثُلُثِي حيثُ أراك اللهُ . فله صَرْفُه فى أىِّ جِهَةٍ مِن جهاتِ[1] القُرَبِ ، والأفْضَلُ صَرْفُه إلى فُقَراءِ أقارِبه ، فإنْ لم يَجِدْ ، فإلى مَحارِمِه مِنَ الرَّضاعِ ، فإنْ لم يَجِدْ ، فإلى جِيرانِه . وتقدَّم قريبًا عنِ القاضى ، وصاحِبِ « التَّرْغيبِ » ، وُجوبُ الدَّفْعِ إلى الفُقَراءِ والمَساكِينِ ، فى هذه

---

(١) فى الأصل : « جهة » .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِأَلْفٍ ، صُرِفَ فِى حَجَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى حَتَّى تَنْفَدَ ، وَيُدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ قَدْرُ مَايُحَجُّ بِهِ .

الشرح الكبير

بثُلُثِه فى المَساكِينِ ، وله أقارِبُ مَحاوِيجُ ، فلم يُوصِ لهم بشىءٍ ولم يَرِثُوا ، فإنَّه يُبْدَأُ بهم ، فإنَّهم أحَقُّ . [٥/١٨٨ و] قال : وسُئِلَ عن النَّصْرانِىِّ يُوصِى بثُلُثِه للفُقَراءِ مِن المسلمين ، أيُعْطَى إخْوَتُه وهم فُقَراءُ ؟ قال : نعم ، هم أحَقُّ ، يُعْطَوْن خَمْسِين دِرْهَمًا لا يُزادُونَ على ذلك . يَعْنِى لا يُزادُ كلُّ واحِدٍ منهم على ذلك ؛ لأنَّه القَدْرُ الذى يَحْصُلُ به الغِنَى .

٢٦٩٦ – مسألة : (وإن وَصَّى أن يُحَجَّ عنه بألْفٍ ، صُرِفَ فى حَجَّةٍ بعدَ أُخْرَى حتى تَنْفَدَ) إذا أوْصَى أن يُحَجَّ عنه بقَدْرٍ مِن المالِ ، صُرِفَ جَمِيعُ ذلك فى الحَجِّ إذا حَمَلَه الثُّلُثُ ؛ لأنَّه وَصَّى به فى جِهَةِ قُرْبَةٍ ، فوَجَبَ صَرْفُه فيها ، كما لو وَصَّى فى سَبِيلِ اللهِ تعالى . وليس للوَصِىِّ أن يَصْرِفَ

الإنصاف

المَسْأَلَةِ . الثَّانيةُ ، لا يُشْتَرَطُ فى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ القُرْبَةُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، خِلافًا للشَّيْخِ تَقِىِّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . فلهذا قال : لو جعَل الكُفْرَ أوِ الجَهْلَ شَرْطًا فى الاسْتِحْقاقِ ، لم يصِحَّ ، فلو وَصَّى لأجْهَلِ النَّاسِ ، لم يصِحَّ . وعلَّلَ فى « المُغْنِى » الوَصِيَّةَ لمَسْجِدٍ بأنَّه قُرْبَةٌ . قال فى « الفُروعِ » : فدَلَّ على اشتِراطِها . وقال فى « التَّرْغيبِ » : تصِحُّ الوَصِيَّةُ لعِمارَةِ قُبورِ المَشايخِ والعُلَماءِ . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : إنْ أوْصَى لما لا مَعْروفَ فيه ولا بِرَّ ؛ ككَنِيسَةٍ ، أو كُتُبِ التَّوْراةِ ، لم يصِحَّ . ذكَر ذلك فى « الفُروعِ » ، فى أوائلِ كتابِ الوَقْفِ .

قوله : وإنْ وَصَّى أنْ يُحَجَّ عنه بألْفٍ ، صُرِفَ فى حَجَّةٍ بعدَ أُخْرَى حَتَّى تنْفَدَ . سواءٌ كان راكِبًا أو راجِلًا . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ،

الشرح الكبير

إلى مَن يَحُجُّ أكْثَرَ مِن نَفَقَةِ المِثْلِ ؛ لأنَّه أطْلَقَ له التَّصرُّفَ فى المُعاوَضَةِ ، فاقْتَضَى عِوَضَ المِثْلِ ، كالتَّوْكِيلِ فى البَيْعِ . ثم لا يَخْلُو ؛ إمّا أن يكونَ بقَدْرِ نَفَقةِ المِثْلِ لحَجَّةٍ واحِدَةٍ ، فيُصْرَفُ فيها ، أو ناقِصًا ، فيُحَجُّ به مِن حيثُ يَبْلُغُ ، فى ظاهِرِ مَنْصُوصِ أحمدَ ، فإنَّه قال فى رِوايةِ حَنْبَلٍ ، فى رجلٍ أوْصَى أن يُحَجَّ[1] ، ولا تَبْلُغُ النَّفَقَةُ ، فقال : يُحَجُّ عنه مِن حيثُ تَبْلُغُ النَّفَقةُ للرّاكِبِ مِن أهلِ مَدِينَتِه . وهذا قولُ العَنْبَرِىِّ . وقال القاضِى : يُعانُ به فى الحَجِّ . وهو قولُ سَوَّارٍ القاضِى . حَكاه عنه العَنْبَرِىُّ . وعن أحمدَ ، أنَّه مُخَيَّرٌ فى ذلك ؛ فإنَّه قال فى روايةِ أبى داودَ ، فى امرأةٍ أوْصَتْ بحَجٍّ لا يَجِبُ عليها : أرَى أن يُؤْخَذَ ثُلُثُ مالِها ، فيُعَانَ به فى الحَجِّ ، أو يُحَجَّ به مِن حيث يَبْلُغُ . فإن كان يَفْضُلُ عن الحَجَّةِ ، دُفِع فى حَجَّةٍ ثانيةٍ وثالثةٍ ، إلى أن يَنْفَدَ ، أو يَبْقَى ما لا يَبْلُغُ حَجَّةً ، فيُحَجُّ به مِن حيثُ يَبْلُغُ ، أو يُعانُ

الإنصاف

و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وعنه ، تُصْرَفُ فى حَجَّةٍ لا غيرُ ، والباقى إرْثٌ . ونقَل ابنُ إبْراهيمَ ، بعدَ الحَجَّةِ الأُولَى ، تُصْرَفُ فى الحَجِّ ، أو فى سبيلِ اللهِ[2] . وقال فى « الفُصولِ » : مَن وصَّى أنْ يُحَجَّ عنه بكذا ، لم يُسْتَحَقَّ ما عيَّنَ زائِدًا على النَّفَقةِ ؛ لأنَّه بمَثابَةِ جَعالَةٍ . واخْتارَه ، ولا يجوزُ فى الحَجِّ . واخْتارَ أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ أنَّه إنْ

---

(١) أى : عنه .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

به فى الحَجِّ ، على ما ذَكَرْنا مِن الخِلافِ فيه . ولا يَسْتَنِيبُ فى الحَجِّ مع الإمْكانِ إلَّا مِن بَلَدِ المَحْجُوجِ عنه ؛ لأنَّه نائِبٌ عن المَيِّتِ وقائِمٌ مَقامَه ، فيَنُوبُ عنه مِن مَوْضِعٍ لو حَجَّ المَنُوبُ عنه لحَجَّ منه . فإن كان المُوصَى به لا يَحْمِلُه الثُّلُثُ ، لم يَخلُ مِن أن يكونَ الحَجُّ فَرْضًا أو تَطَوُّعًا ، فإن كان فَرْضًا أُخِذ أكْثَرُ الأمْرَيْن ؛ مِن الثُّلُثِ أو القَدْرِ الكافِى لحَجِّ الفَرْضِ ، إن كان قد أوْصَى بالثُّلُثِ ، فإن كان الثُّلُثُ أكْثَرَ ، أُخِذَ ، ثم يُصْرَفُ منه فى الفَرْضِ قَدْرُ ما يَكْفِيه ، ثم يُحَجُّ بالباقِى تَطَوُّعًا حتى يَنْفَدَ ، كما ذَكَرْنا مِن قبلُ . وإن كان الثُّلُثُ أقَلَّ ، تُمِّمَ قَدْرُ ما يَكْفِى الحَجَّ مِن رَأْسِ المالِ . وبهذا قال عَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والحسنُ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والزُّهْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ . قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحسنُ : كلُّ واجبٍ مِن رَأْسِ المالِ . وقال ابنُ سِيرِينَ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، وحَمّادُ بنُ أبى سُلَيْمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، وداودُ ابنُ أبى هِنْد : إن وَصَّى بالحَجِّ

الإنصاف

وصَّى بألْفٍ يُحَجُّ بها ، صُرِفَ فى كُلِّ حَجَّةٍ قَدْرُ نفقَتِه حتى يَنْفَدَ ، ولو قال : حُجُّوا عنِّى بألْفٍ ، فما فضَل فللوَرَثَةِ . وقد تقدَّم فى بابِ الإجارَةِ ، أنَّ الإجارَةَ لا تصِحُّ على الحَجِّ ونحوِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، فيُعْطَى هنا لأجْلِ النَّفَقَةِ . فعلى المذهبِ ، إنْ لم تكْفِ الألْفُ ، أو البَقِيَّةُ بعدَ الإخْراجِ ، حُجَّ به مِن حيث يبْلُغُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الكافِى » . وقيل : يُعانُ به فى حَجَّةٍ . اخْتارَه القاضى . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » : وبَقِيَّتُها العاجِزَةُ عن حَجَّةٍ لمَصْلَحَتِها .

الشرح الكبير

مِن ثُلُثِه ، وإلَّا فليس على وَرَثَتِه شيءٌ . فعلى قَوْلِهم ، إن لم يَفِ الثُّلُثُ بالمُوصَى به ، وإلَّا لم يَزِدْ على الثُّلُثِ ؛ لأنَّ الحَجَّ عِبادَةٌ ، فلا يَلْزَمُ الوارِثَ ، كالصلاةِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : [٥/١٨٨ ظ] « لَوْ كان على أبيكَ دَيْنٌ ، أكُنْتَ تَقْضِيهِ[1] ؟ » قال : نعم . قال : « فَدَيْنُ اللهِ أحَقُّ أنْ يُقْضَى »[2] . والدَّيْنُ مِن رَأْسِ المالِ ، فما هو أحَقُّ منه أوْلَى ، ولأنَّه واجبٌ ، فكان مِن رَأْسِ المالِ ، كدَيْنِ الآدَمِيِّ . وإن كان تَطَوُّعًا ، أُخِذ الثُّلُثُ لا غيرُ إذا لم يُجِزِ الوَرَثَةُ ، ويُحَجُّ به ، على ما ذَكَرْنا .

الإنصاف

انتهى . وعنه ، يُخَيَّرُ ، فإنْ تعَذَّرَ ، فهو إرْثٌ . قالَه في « الرِّعايةِ » وغيرِه . قال الحارِثِيُّ : وفيه وَجْهٌ ببُطْلانِ الوَصِيَّةِ إذا لم تَكْفِ الحَجَّ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، إذا كان الحَجُّ تطَوُّعًا ، أجْزَأَ أنْ يُحَجَّ عنه مِنَ المِيقاتِ . على الصَّحيحِ . صحَّحه في « الحاوِي الصَّغِيرِ » . قال في « الرِّعايةِ الكُبْرى » : وهو أوْلَى . وقدَّمه في « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الفائقِ » . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيرِه ، في كتابِ الحَجِّ . قال الحارِثِيُّ : وهو أقْوَى . واخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » . وقيل : لا تُجْزِئُ إلَّا مِن مَحَلِّ وَصِيَّتِه ، كحَجِّه بنَفْسِه . جزَم به في « الكافِي » . وقدَّمه في « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، لكِنْ قال عنِ الأُولَى : هو أوْلَى . كما تقدَّم . وتقدَّم ذلك في كتابِ الحَجِّ ، قُبَيْلَ

---

(١) في م : « قاضيه » .

(٢) أخرجه النسائي ، في : باب تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين ، من كتاب الحج ، وفي : باب ذكر الاختلاف على يحيى بن أبي إسحاق فيه ، من كتاب آداب القضاة . المجتبى ٥/٨٩ ، ٨/٢٠١ ، ٢٠٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٥ .

وتقدم تخريجه من وجه آخر في ٦/٢٦٠ .

المقنع

وَإنْ قَالَ : يُحَجُّ عَنِّى حَجَّةٌ بِأَلْفٍ . دُفِعَ [١٦٤ و] الْكُلُّ إلَى مَنْ يَحُجُّ بِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٩٧ – مسألة : وإن وَصَّى أن يُحَجَّ عنه حَجَّةٌ بألْفٍ (دُفِعَ الكلُّ إلى مَن يَحُجُّ) إذا وَصَّى أن يُحَجَّ عنه حَجَّةٌ واحِدَةٌ بقَدْرٍ مِن المالِ ، وكان فيه فَضْلٌ عمّا يُحَجُّ به ، فهو لمَن يَحُجُّ ؛ لأنَّه قَصَد إرْفاقَه بذلك ، فكأنَّه صَرَّحَ فقال : حُجُّوا عنى حَجَّةً واحِدَةً بألْفٍ ، وما فَضَل منها فهو لمَن يَحُجُّ .

الإنصاف

قوْله : ويُشْتَرَطُ لوُجوبِ الحَجِّ على المَرْأةِ وُجودُ مَحْرَمِها . الثَّانيةُ ، إن كان المُوصِى قد حَجَّ حَجَّةَ الإسْلامِ ، كانَتِ الألْفُ مِن ثُلُثِ مالِه ، وإنْ كانتْ عليه حَجَّةُ الإسْلامِ ، فنفَقَتُها مِن رأْسِ المالِ ، والباقِى مِنَ الثُّلُثِ .

قوله : فإنْ قال : يُحَجُّ عَنِّى حَجَّةً بألْفٍ . دُفِعَ الكُلُّ إلى مَن يحُجُّ عنه . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقيل : البَقِيَّةُ مِن[1] نفقَةِ الحَجَّةِ إرْثٌ . جزَم به فى « التَّبْصِرَةِ » . وحكاه الحارِثِىُّ رِوايَةً . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » . وصحَّحه فى « الخُلاصةِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » .

---

(١) فى ط : « عن » .

المقنع فَإِنْ عَيَّنَهُ فِى الْوَصِيَّةِ ، فَقَالَ : يَحُجُّ عَنِّى فُلَانٌ بِأَلْفٍ .

الشرح الكبير **٢٦٩٨** - مسألة : (فإن عَيَّنَه فى الوصيةِ ، فقال : يَحُجُّ عنى فُلانٌ بألْفٍ) صُرِف ذلك إليه . وإن لم يُعَيِّنْ ، فللمُوصَى إليه صَرْفُه إلى مَن شاء ؛ لأنَّه فَوَّضَ إليه الاجْتِهادَ ، إلَّا أنَّه لا يَمْلِكُ صَرْفَها إلى وارثٍ إذا كان فيها فَضْلٌ إلَّا بإذْنِ الورثةِ ، وإن لم يكنْ فيها فَضْلٌ ، جاز ؛ لأنَّه لا مُحاباةَ فيها . ثم يُنْظَرُ ؛ فإن كان الحَجُّ المُوصَى به تَطَوُّعًا ، اعْتُبِرَ مِن الثُّلُثِ ، وإن كان واجِبًا ، فالزّائِدُ عن نَفَقةِ المِثْلِ مُعْتَبَرٌ مِن الثُّلُثِ . وإن لم يَفِ المُوصَى به بالحَجِّ ، أُتِمَّ مِن رَأْسِ المالِ . وفيه مِن الخِلافِ ما ذَكَرْنا .

الإنصاف قوله : فإنْ عَيَّنَه فى الوَصِيَّةِ ، فقالَ : يحُجُّ عَنِّى فُلانٌ بألْفٍ . فأَبَى الحَجَّ وقال : اصْرِفُوا [٢٧١/٢ظ] لِىَ الفَضْلَ . لم يُعْطَه ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ . يعْنِى مِن أصْلِها إذا كان تطَوُّعًا . وهذا أحدُ الوَجْهَيْن . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، فإنَّ كلامَهم ككَلامِ المُصَنِّفِ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وصحَّحه الحارِثِىُّ . والوَجْهُ الثَّانى ، تبْطُلُ فى حقِّه لا غيرُ ، ويُحَجُّ عنه بأقَلِّ ما يمْكِنُ مِن نفَقَةٍ ، أو أُجْرَةٍ ، والبَقِيَّةُ للوَرَثَةِ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وفى بعضِ نُسَخِ « المُقْنِعِ » لم يُعْطَه ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ فى حقِّه . وعليه شرَح الشَّارِحُ . وذكَرَها ابنُ مُنَجَّى ، فى المَتْنِ ولم يشْرَحْها ، بل علَّلَ البُطْلانَ فقط . فعلى هذه النُّسْخَةِ ، مع أنَّ النُّسْخَةَ الأُولَى لا تأْبَى ذلك ، يكونُ المُصَنِّفُ قد جزَم بهذا الوَجْهِ هنا . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ،

المقنع

فَأَبَى الْحَجَّ ، وَقَالَ : اصْرِفُوا إِلَىَّ الْفَضْلَ . لَمْ يُعْطَهُ ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فِى حَقِّهِ .

الشرح الكبير

٢٦٩٩ – مسألة : فإن (أبى الحَجَّ ، وقال : اصْرِفُوا لى الفَضْلَ . لم يُعْطَه ، وبَطَلَتِ الوصيةُ فى حَقِّه) إذا قال المُعَيَّنُ ذلك ، بَطَل التَّعْيِينُ ، ويُحَجُّ عنه بأقَلِّ ما يُمْكِنُ إنسانٌ ثِقَةٌ سِواه ، ويُصْرَفُ الباقِى إلى الورثةِ . ويَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ الوصيةُ إن كان الحَجُّ تطَوُّعًا ؛ لأنَّه عَيَّنَ لها جِهَةً ، فإذا لم يَقْبَلْها ، بَطَلَتْ ، كما لو قال : بِيعُوا عبدِى لفلانٍ بمائةٍ . فأبَى شِراءَه . والظّاهِرُ أنَّها لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّه قَصَد القُرْبَةَ والتَّعْيِينَ ، فإذا بَطَل التَّعْيِينُ ، لم تَبْطُلِ القُرْبَةُ ، كما لو قال : بِيعُوا عبدِى لفلانٍ وتَصَدَّقُوا بثَمَنِه . فلم يَقْبَلْ فلانٌ ، فإنَّه يُباعُ مِن غيرِه ويُتَصَدَّقُ بثَمَنِه . فإن قال المُعَيَّنُ : اصْرِفُوا لى الفَضْلَ عن نَفَقَةِ الحَجِّ ؛ لأنَّه مُوصًى لى به . لم يُصْرَفْ إليه شىءٌ ؛ لأنَّه إنَّما أوْصَى به بالزِّيادَةِ بشَرْطِ أن يَحُجَّ ، فإذا لم يُوجَدِ الشَّرْطُ ، لم يَسْتَحِقَّ شيئًا .

فصل : فإذا قال : حُجُّوا عنى حَجَّةً . ولم يَذْكُرْ قَدْرًا مِن المالِ ، فإنَّه لا يُدْفَعُ إلى مَن يَحُجُّ إلَّا قَدْرُ نفقةِ المِثْلِ ؛ لِما ذَكَرْنا ، والباقِى للورثةِ . وهذا يَنْبَنِى على أنَّه لا[1] يجوزُ الاسْتِئْجارُ عليه ، إنَّما يَنُوبُ عنه نائِبٌ ، فما

الإنصاف

و « الفائقِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وذكَر النَّاظِمُ قوْلًا ، أنَّ بقِيَّةَ الألْفِ للَّذِى حَجَّ .

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

يُنْفَقُ عليه فيما يَحْتاجُ إليه فهو مِن مالِ المُوصِى ، وما بَقِىَ للورثةِ . فإن تَلِفَ المالُ فى الطَّريقِ ، فهو مِن مالِ المُوصِى ، وليس على النّائبِ إتْمامُ الحَجِّ . وإن قُلْنا : يجوزُ الاسْتِئْجارُ على الحَجِّ . فلا يَسْتأْجِرُ إلَّا ثِقَةً بأَقَلِّ ما يُمْكِنُ ، وما فَضَل [٥/١٨٩ و] فهو للأجيرِ ؛ لأنَّه مَلَك ما أُعْطِىَ بعَقْدِ الإجارَةِ . وإن تَلِف المالُ فى الطَّريقِ بعدَ قَبْضِ الأجيرِ له ، فهو مِن مالِه ، ويَلْزَمُه إتْمامُ الحَجِّ . وإن قال : حُجُّوا عنِّى . و لم يَقُلْ : حَجَّةً واحِدَةً . لم يُحَجَّ عنه إلَّا حَجَّةٌ ؛ لأنَّه أقلُّ ما يَقَعُ عليه الاسْمُ . فإن عَيَّنَ مع هذا ، فقال : يَحُجُّ عنِّى فلانٌ . دُفِع إليه بقَدْرِ نَفَقَتِه مِن بَلَدِه إذا خَرَج مِن الثُّلُثِ . فإن أبَى الحَجَّ إلَّا بزِيادَةٍ تُصْرَفُ إليه ، فيَنْبَغِى أن يُصْرَفَ إليه أقَلُّ قَدْرٍ يُمْكِنُ أن يَحُجَّ به غيرُه . فإن أبَى الحَجَّ وكان واجِبًا ، اسْتُنِيبَ غيرُه بأقَلِّ ما يمكنُ اسْتِنابَتُه . واللهُ أعلمُ .

فصل : وإن وَصَّى أن يَحُجَّ عنه زيدٌ بمائةٍ ، ولعمرٍو بتَمامِ الثُّلُثِ ، ولسعدٍ بثُلُثِ مالِه ، فأجاز الورثةُ ، أُمْضِيَتْ على ما قال المُوصِى . فإن

الإنصاف

تنبيه : محَلُّ هذا الخِلافِ ، إذا كان المُوصِى قد حَجَّ حَجَّةَ الإسْلامِ . أمَّا إذا لم يكُنْ حَجَّ حَجَّةَ الإسْلامِ ، وأبَى مَن عَيَّنه ، فإنَّه يُقامُ غيرُه بنَفَقَةِ المِثْلِ ، والفَضْلُ للوَرَثَةِ ، ولا تَبْطُلُ ، قوْلًا واحدًا . وهو واضِحٌ ، ويُحْسَبُ الفاضِلُ مِنَ[1] الثُّلُثِ عن نفقَةِ مِثْلِه ، أو أُجْرَةِ مِثْلِه للفَرْضِ .

فوائد ؛ منها ، لو قال : يحُجُّ عَنِّى زَيْدٌ بأَلْفٍ . فما فضَل فهو وَصِيَّةٌ له إنْ حَجَّ ،

---

(١) فى ط : « فى » .

الشرح الكبير

لم يَفْضُلْ عن المائةِ شيءٌ ، فلا شيءَ لعمرٍو ؛ لأنَّه إنَّما وَصَّى له بالفَضْلِ ، ولا فَضْلَ . وإن رَدَّ الوَرَثةُ ، قُسِم الثُّلُثُ بينَهم نِصْفَيْن ؛ لسعدٍ السُّدْسُ ، ولزيدٍ مائةٌ ، وما فَضَل مِن الثُّلُثِ فلعمرٍو . فإن لم يَفْضُلْ منه شيءٌ ، فلا شيءَ لعمرٍو ؛ لأنَّه إنَّما وَصَّى له بالزِّيادةِ ، ولا زِيادَةَ . ولا تَمْتَنِعُ المُزاحَمَةُ به ، ولا يُعْطَى شيئًا ، كوَلَدِ الأبِ مع وَلَدِ الأبَوَيْن ، في مُزاحَمَةِ الجَدِّ . ويَحْتملُ أنَّه متى كان في الثُّلُثِ فَضْلٌ عن المائةِ ، أن يُرَدَّ كلُّ واحِدٍ إلى نِصْفِ وَصِيَّتِه ؛ لأنَّ زيدًا إنَّما اسْتَحَقَّ المائةَ بالإِجازَةِ ، فمع الرَّدِّ يَدْخُلُ عليه مِن النَّقْصِ بقَدْرِ وَصِيَّتِه ، كسائرِ الوَصايا .

الإنصاف

ولا يُعْطَى إلى أيَّامِ الحَجِّ . قالَه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ . ويَحْتَمِلُ أنَّ الفَضْلَ للوارِثِ . ومنها ، لا يصِحُّ أنْ يحُجَّ وَصِيٌّ بإخْراجِها . نصَّ عليه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، في رِوايَةِ أبي داودَ ، وأبي الحارِثِ ، وجَعْفَرٍ النَّسائِيِّ ، وحَرْبٍ ، رَحِمَهم اللهُ . قال : لأنَّه مُنَفِّذٌ ، فهو كقولِه : تصَدَّقْ عَنِّي به . لا يأْخُذُ منه . ومنها ، لا يحُجُّ وارِثٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه في رِوايَةِ أبي داودَ ، رَحِمَه اللهُ . وقدَّمه في « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِيِّ » . واخْتارَ جماعةٌ مِنَ الأصحابِ ، بلَى يحُجُّ عنه إنْ عيَّنَه ، ولم يزِدْ على نفقَتِه ، منهم الحارِثِيُّ . وفي « الفُصولِ » : إنْ لم يُعَيِّنْه ، جازَ . ومنها ، لو أوْصَى أنْ يُحَجَّ عنه بالنَّفَقَةِ ، صحَّ . ومنها ، لو أوْصَى بثَلاثِ حِجَجٍ إلى ثلاثَةٍ ، في عامٍ واحدٍ ، صحَّ ، وأحْرَمَ النَّائِبُ بالفَرْضِ أوَّلًا ، إنْ كان عليه فرْضٌ . ومنها ، لو أوْصَى بثَلاثِ حِجَجٍ ، لم يكُنْ له أنْ يصْرِفَها إلى ثلاثَةٍ يحُجُّونَ عنه في عامٍ واحدٍ . قالَه في « الرِّعايَةِ » . قال : ويَحْتَمِلُ أنْ تصِحَّ ، إنْ كانتْ نفْلًا . وقال في « الفُروعِ » في بابِ حُكْمِ قَضاءِ الصَّوْمِ : حكَى الإمامُ أحمدُ ، عن طاوُسٍ جَوازَ صوْمِ جماعةٍ عنه في يوْمٍ واحدٍ ،

الشرح الكبير

فصل : وإن وَصَّى لزيدٍ بعبدٍ بعينِه ، ولعمرٍو ببَقِيةِ الثُّلُثِ ، قُوِّمَ العبْدُ يومَ مَوْتِ المُوصِى - لأنَّه حالُ نُفوذِ الوصيَّةِ - ودُفِع إلى زيدٍ ، ودُفِعَ بَقِيَّةُ الثُّلُثِ إلى عمرٍو . فإن لم يَبْقَ مِن الثُّلُثِ شيءٌ ، بَطَلَتْ وصيةُ عمرٍو . وإن ماتَ العَبْدُ بعدَ مَوْتِ المُوصِى ، (١أو رَدَّ زيدٌ وصيتَه ، بَطَلَتْ ، ولم تَبْطُلْ وصيةُ عمرٍو . وهكذا إن مات زيدٌ قبلَ موتِ المُوصِى(٢) . وإن ماتَ العبدُ قبلَ موتِ المُوصِى١) ، قَوَّمْنا التَّرِكَةَ حالَ موتِ المُوصِى بدُونِ العبدِ ، ثم نُقَوِّمُ العبدَ لو كان حَيًّا ، فإن بَقِىَ مِن الثُّلُثِ بعدَ قِيمَتِه شيءٌ ، فهو لعمرٍو ، وإلَّا بَطَلَتْ وصيَّتُه . ولو قال لأحَدِ عَبْدَيْه : أنت مُدَبَّرٌ . ثم قال لآخَرَ : أنت مُدَبَّرٌ فى زِيادَةِ الثُّلُثِ عن قِيمَةِ الأوَّلِ . ثم بَطَل تَدْبِيرُ الأوَّلِ بمَوْتِه ، فهى كالتى قبلَها ، على ما ذَكَرْنا ، أو رُجُوعِه فيه ، أو خُرُوجِه مُسْتَحَقًّا ، أو غيرِ ذلك .

الإنصاف

ويُجْزِئُ عن عِدَّتِهم مِنَ الأيَّامِ . قال : وهو أظْهَرُ . واخْتارَه المَجْدُ . قال : فدَلَّ ذلك على(٣) أنَّ مَن أوْصَى بثَلاثِ حِجَجٍ ، جازَ صَرْفُها إلى ثلاثَةٍ يحُجُّونَ عنه فى سنَةٍ واحِدَةٍ . وجزَم ابنُ عَقِيلٍ بأنَّه لا يجوزُ ؛ لأنَّ نائبَه مِثْلُه . وذكَره فى « الرِّعايةِ » قوْلًا ، ولم يذْكُرْ (٤قبلَه ما يُخالِفُه٤) . (٥ذكَرَه فى فَصْلِ٥) اسْتِنابةِ المَغْصُوبِ ، مِن بابِ الإحْرامِ ، وهو قِياسُ ما ذكَرَه القاضى فى الصَّوْمِ . انتهى كلامُه فى

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) بعده فى المغنى ٥٤٨/٨ : « أو بعده » .

(٣) سقط من : ط .

(٤ - ٤) سقط من : ط .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لِأَهْلِ سِكَّتِهِ ، فَهُوَ لِأَهْلِ دَرْبِهِ .

الشرح الكبير

٢٧٠٠ – مسألة : (وإن وَصَّى لأهلِ سِكَّتِه ، فهو لأهلِ دَرْبِه) لأنَّ السِّكَّةَ الطَّرِيقُ ، والدَّرْبُ مُضافٌ إليه .

الإنصاف

« الفُروعِ » . ولم يَسْتَحْضِرْ تلك الحالَ ما ذكَرَه فى بابِ المُوصَى به ، أو رآه بعدَ ذلك ، وقد أطْلَقَ وَجْهَيْن فى صِحَّةِ ذلك . ثم وجَدْتُ الحارِثِىَّ نقَل عن القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، والسَّامَرِّىِّ ، صِحَّةَ صَرْفِ ثلاثِ حِجَجٍ فى عامٍ واحدٍ ، وقال : وهو أوْلَى . وتقدَّم فى حُكْمِ قضاءِ رمضانَ وكتابِ الحَجِّ أيضًا ، هل يصِحُّ حَجُّ الأَجْنَبِىِّ عن المَيِّتِ حَجَّةَ الإِسْلامِ بدونِ إذْنِ وَلِيِّه أمْ لا ؟

قوله : وإنْ وَصَّى لأَهْلِ سِكَّتِه ، فهو لأَهْلِ دَرْبِه . هذا المذهبُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما . وقيل : هما أهْلُ المَحَلَّةِ الذين يكونُ طريقُهم بدَرْبِه .

فائدة : يُعْتَبَرُ فى اسْتِحْقاقِه سُكْناه فى السِّكَّةِ حالَ الوَصِيَّةِ . نصَّ عليه . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . واخْتارَه ابنُ أبى مُوسى . وقال فى « المُغْنِى » : ويَسْتَحِقُّ أيضًا لو طَرَأَ إلى السِّكَّةِ بعدَ الوَصِيَّةِ . وقال فى « القاعِدَةِ السَّابعَةِ بعدَ المِائَةِ » : وفى دُخولِ المُتجدِّدِ بعدَ الوَصِيَّةِ وقبلَ موتِ المُوصِى ، رِوايَتان . ثم قال : والمَنْصوصُ فى مَن أَوْصَى أنْ يتصدَّقَ فى سِكَّةِ فُلانٍ بكذا وكذا ، فسَكَنَها قومٌ بعدَ موْتِ المُوصِى ، قال : إنَّما كانتِ الوَصِيَّةُ للذين كانُوا . ثم قال : ما أدْرِى كيفَ هذا ؟ قيل : فيُشْبِهُ هذا الكُورَةَ ؟ قال : لا ، الكُورَةُ وكَثْرَةُ أهْلِها خِلافُ هذا المَعْنَى ، ينْزِلُ قومٌ ويخْرُجُ قومٌ ، يُقْسَمُ بينَهم . انتهى .

المقنع وَإِنْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ ، تَنَاوَلَ أَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : مُسْتَدَارُ أَرْبَعِينَ دَارًا .

الشرح الكبير **٢٧٠١** – مسألة : (وإن وَصَّى لجيرانِه ، تَناوَلَ أرْبَعِين دارًا مِن كلِّ جانِبٍ) نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الأوْزاعِيُّ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : الجارُ المُلاصِقُ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال : « الجارُ أحَقُّ بِصَقَبِهِ »[1] . [١٨٩/٥ ظ] يَعْنِى الشُّفْعَةَ ، وإنَّما تَثْبُتُ للمُلاصِقِ . ولأنَّ الجارَ مُشْتَقٌّ مِن المُجاوَرَةِ ، وقال قَتادَةُ : الجارُ الدّارُ والدّارانِ . ورُوِىَ عن علىٍّ ، عليه السلامُ ، فى قولِ النبىِّ ﷺ : « لَا صَلَاةَ لِجَارِ المَسْجِدِ إِلَّا فِى المَسْجِدِ »[2] . قال : مَن سَمِعَ النِّداءَ . وقال سعيدُ بنُ عمرِو بنِ جَعْدَةَ : مَن سَمِعَ الإقامَةَ . وقال أبو يُوسُفَ : الجِيرانُ أهلُ المَحَلَّةِ إن جَمَعَهم مسجدٌ ، فإن تَفَرَّقَ أهلُ المَحَلَّةِ فى مَسْجِدَيْن صَغِيرَيْن مُتَقارِبَيْن ، فالجميعُ جِيرانٌ ، وإن كانا عَظِيمَيْن ، فكلُّ أهلِ مَسجدٍ جِيرانٌ ، وأمّا الأمْصارُ التى فيها القَبائِلُ ، فالجِوارُ على الأفْخاذِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ

الإنصاف قوله : وإنْ وَصَّى لجيرانِه ، تَناوَلَ أَرْبَعِين دارًا مِنَ كُلِّ جانبٍ . هذا المذهبُ . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم أبو حَفْصٍ ، والقاضى وأصحابُه ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصةِ » . وقال

---

(١) تقدم تخريجه فى ٣٧١/١٥ .
(٢) تقدم تخريجه فى ٢٧٢/٤ .

المقنع وَإِنْ وَصَّى لِأَقْرَبِ قَرَابَتِه ، وَلَهُ أَبٌ وَابْنٌ ، فَهُمَا

الشرح الكبير

أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « الجارُ أرْبَعُونَ دارًا ، هَكَذَا وهَكَذَا وهَكَذَا وهَكَذَا »[1] . وهذا نَصٌّ لا يَجُوزُ العُدُولُ عنه إن صَحَّ ، وإن لم يَثْبُتِ الخَبَرُ ، فالجارُ هو المُقارِبُ ، ويُرْجَعُ فى ذلك إلى العُرْفِ (وقال أبو بكرٍ : مُسْتَدارُ أرْبَعِينَ دارًا) مِن كلِّ جانِبٍ ، والحديثُ يَحْتَمِلُه .

٢٧٠٢ – مسألة : (وإن وَصَّى لأقْرَبِ قَرابَتِه) أو لأقْرَبِ النّاسِ إليه ، أو أقْرَبِهم به رَحِمًا ، لم يُدْفَعْ إلى الأبْعَدِ مع وُجُودِ الأقْرَبِ (فإن

الإنصاف

أبو بَكْرٍ : مُسْتَدارُ أرْبَعِين دارًا . وهو رِوايةٌ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وقال أبو بَكْرٍ : وقد قيل : مُسْتَدارُ أرْبَعِين دارًا . قال فى « الفائقِ » ، بعدَ قولِ أبى بَكْرٍ : وقيل : مِن أرْبَعَةِ [٢٧٢/٢و] جَوانِبَ . قال الشَّارِحُ ، عن قَوْلِ أبى بَكْرٍ : يعْنِى مِن كُلِّ جانِبٍ . وعنه ، جِيرانُه مُسْتدارُ ثَلاثِين دارًا . ذكَرَها فى « الفُروعِ » . وقال فى « الفائقِ » : تناوَلَ أرْبَعِين دارًا مِن كُلِّ جانِبٍ . وعنه ، ثَلاثِين . ذكَرَها أبو الحُسَيْنِ . فظاهِرُ هذه الرِّوايَةِ مُخالِفٌ للتى قبلَها ، لكِنْ فَسَّرَها الحارِثِىُّ بالأوَّلِ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، لا ينْبَغِى أنْ يُعْطَى هنا إلَّا الجارُ المُلاصِقُ . وقيل : يُرْجَعُ فيه إلى العُرْفِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ ، إنْ لم يصِحَّ الحديثُ . وقد اسْتدَلَّ المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ للمذهبِ بالحديثِ فيه ، وقال : هذا نصٌّ لا يجوزُ العُدولُ عنه ، إنْ صحَّ ، وإنْ لم يثْبُتْ ، فالجارُ هو المُقارِبُ ، ويُرْجَعُ فى ذلك إلى العُرْفِ . انتهيا .

قوله : وإنْ وَصَّى لأقْرَبِ قَرابَتِه ، وله أَبٌ وابنٌ ، فهما سَواءٌ ، والأَخُ والجَدُّ

---

(١) أخرجه أبو داود فى : المراسيل ١٨٩ عن الزهرى ، وطرقه ضعيفة ، انظر : تلخيص الحبير ٣/٩٣ ، وإرواء الغليل ٦/١٠٠ ، ١٠١ .

المقنع سَوَاءٌ ،وَالْجَدُّ والأَخُ سَوَاءٌ . وَيَحْتَمِلُ تَقْدِيمُ الابْنِ عَلَى الْأَبِ ، وَالْأَخِ عَلَى الْجَدِّ .

الشرح الكبير كان له أبٌ وابنٌ ، فهما سَواءٌ) لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يُدْلِى بنفسِه[1] من غيرِ واسِطَةٍ . (والأخُ والجَدُّ سواءٌ) لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يُدْلِى بالأَب مِن غيرِ واسِطَةٍ . (ويَحْتَمِلُ تَقْدِيمُ الابنِ على الأبِ) لأنَّه يُسْقِطُ تَعْصِيبَه . والأُولَى أوْلَى ؛ لأنَّ إسقاطَ تَعْصِيبِه لا يَمْنَعُ مُساواتَه فى القُرْبِ ، ولا كَونَه أقْرَبَ منه ، بدَليلِ أنَّ ابنَ الابنِ يُسْقِطُ تَعْصِيبَه مع بُعْدِه ، (و) يحْتَمِلُ تَقْدِيمُ (الأخِ على الجَدِّ) لأنَّ الأخَ يُدْلِى بِبُنُوَّةِ الأبِ ، والجَدَّ يُدْلِى بالأُبُوَّةِ ، فهما كالأبِ والابنِ . والأوَّلُ أوْلَى ، ولا يَصِحُّ قِياسُ الأخِ على الابنِ ؛ لأنَّه لا يُسْقِطُ تَعْصِيبَ الجَدِّ ، بخِلافِ الابنِ . ويُقَدَّمُ الابنُ على الجَدِّ ، والأَبُ على ابنِ الابنِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : يُقَدَّمُ ابنُ الابنِ على الأبِ فى وَجْهٍ ؛ لأنَّه يُسْقِطُ تَعْصِيبَه . ولَنا ، أنَّ الأبَ يُدْلِى بنَفْسِه ، ويَلِى ابنَه مِن غيرِ حاجِزٍ ، ولا يَسْقُطُ مِيراثُه بحالٍ ، بخِلافِ ابنِ الابنِ . والأبُ والأُمُّ سَواءٌ ، وكذلك الابنُ والبِنْتُ ، والجَدُّ أبو الأبِ وأبو الأُمِّ ، وأُمُّ الأبِ وأُمُّ الأُمِّ ، كلُّهم سَواءٌ . هكذا ذَكَرَه شيخُنا[2] .

الإنصاف سَواءٌ . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . ويَحْتَمِلُ تقديمُ الابنِ على الأبِ ، والأخِ على الجَدِّ . وقيل : يُقدَّمُ الجَدُّ على الأخِ .

---

(١) فى م : « بالأب » .

(٢) انظر المغنى ٥٣١/٨ ، ٥٣٢ .

المقنع

وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ سَوَاءٌ ، وَالْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَحَقُّ مِنْهُمَا .

الشرح الكبير

ويَحْتَمِلُ تَقْدِيمُ أبِى الأبِ على أبِى الأُمِّ ؛ لأنَّه يُسْقِطُه . ثم بعدَ الأوْلادِ أوْلادُ البَنِينَ وإن سَفَلُوا ، الأقْرَبُ فالأقْرَبُ ، الذُّكُورُ والإناثُ ، وفى أوْلادِ البَناتِ وَجْهانِ ، بِناءً على دُخُولِهم فى الوَقْفِ ، ثم مِن بَعْدِ الوَلَدِ الأجْدادُ ، الأقْرَبُ منهم فالأقْرَبُ ؛ لأنَّهم العَمُودُ [٥/ ١٩٠ و] الثانِى ، ثم الإخْوَةُ والأخَواتُ ، ثم وَلَدُهم وإن سَفَلُوا ، ولا شىءَ لوَلَدِ الأخَواتِ ، إذا قُلْنا : لا يَدْخُلُ وَلَدُ البَناتِ .

٢٧٠٣ – مسألة : (والأخُ مِن الأبِ والأخُ مِن الأُمِّ سَواءٌ ، والأخُ مِن الأبَوَيْن أحَقُّ منهما) الأخُ مِن الأبِ والأخُ مِن الأُمِّ سَواءٌ ؛ لأنَّهما على دَرَجَةٍ واحِدَةٍ ، وكذلك وَلَداهما ، والأخُ مِن الأبَوَيْن أحَقُّ منهما ؛ لأنَّ له قَرابَتَيْن ، فهو أقْرَبُ ممَّن له قَرابَةٌ واحِدَةٌ .

الإنصاف

تنبيه : قوْلُه : والأَخُ مِنَ الأَبِ والأَخُ مِنَ الأُمِّ سَواءٌ . بلا نِزاعٍ . وهذا مَبْنِىٌّ على القَوْلِ بأنَّ الأخَ مِنَ الأُمِّ يدْخُلُ فى القَرابَةِ ، على ما تقدَّم فى كتابِ الوَقْفِ . قالَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وكذا الحُكْمُ فى أبْنائِهما . وكذا يُحْمَلُ ما قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، أنَّ الأبَ والأُمَّ سَواءٌ .

قوله : والأَخُ مِنَ الأَبَوَيْنِ أَحَقُّ منهما . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال فى « الفُروعِ » : ويتوَجَّهُ رِوايَةٌ ، أنَّه كأخِيه لأبِيه ؛ لسُقوطِ الأُمُومَةِ ، كالنِّكاحِ . وجزَم به فى « التَّبْصِرَةِ » . قلتُ : واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . ذكَره عنه فى « القاعِدَةِ العِشْرِين بعدَ المِائَةِ » ، لكِنْ ذكَره فى الوَقْفِ .

الشرح الكبير

فصل : والأَخُ للأبِ أَوْلَى مِن ابنِ الأخِ مِن الأبوَيْن ، كما فى المِيراثِ ، ثم بعدَهم الأعْمامُ ، ثم بَنُوهم وإن سَفَلُوا . ويَسْتَوِى العَمُّ مِن الأبِ والعَمُّ مِن الأُمِّ ، وعلى الاحْتِمالِ الذى ذَكَرْناه فى تَقْدِيمِ أبى الأبِ على أبى الأُمِّ تَقْدِيمُ العَمِّ مِن الأبِ على العَمِّ مِن الأُمِّ ، وكذلك أبْناؤُهما ، وعلى هذا التَّرْتِيبِ . ذَكَرَه القاضى . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ، إلَّا أنَّه يَرَى دُخولَ وَلَدِ البَناتِ والأَخَواتِ والأَخْوالِ والخالاتِ ، وهذا القولُ يُخَرَّجُ على مَذْهَبِ أحمدَ على الرِّوايَةِ التى تَجْعَلُ القَرابَةَ فيها كلَّ مَن يَقَعُ عليه اسْمُ القَرابَةِ . فأمَّا على الروايةِ التى تقولُ : إنَّ اسمَ القرابةِ يَخْتَصُّ مَن كان مِن أوْلادِ الآباءِ . وهى التى اخْتارَها الخِرَقِىُّ ، فلا تَدْخُلُ فيه الأُمُّ ولا أقارِبُها ؛ لأنَّ مَن لم يكنْ مِن القرابةِ لم يكنْ مِن أقْرَبِ القرابةِ . فعلى هذا تَتَناوَلُ الوصيةُ مَن كان أقْرَبَ مِن أوْلادِ المُوصِى ، وأولادِ آبائِه إلى أربعةِ آباءٍ ، ولا تَعْدُوهم . فإن وَصَّى لجماعةٍ مِن أقْرَبِ الناسِ إليه ، أُعْطِىَ ثلاثةٌ مِن أقْرَبِ الناسِ إليه . فإن وُجِدَ أكْثَرُ مِن ثلاثةٍ فى دَرَجَةٍ واحدةٍ ، كإخْوَةٍ ، فالوصيةُ

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، الأبُ أوْلَى مِن ابنِ الابنِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الحارِثِىِّ » . وقطَع به فى « المُغْنِى » وغيرِه . وقدَّم فى « التَّرْغيبِ » ، أنَّ ابنَ الابنِ أوْلَى . قال : وكلُّ مَن قُدِّم ، قُدِّم وَلَدُه ، إلَّا الجَدَّ ، فإنَّه يُقَدَّمُ على بَنِى إخْوَتِه ، وأخاه لأبِيه ، فإنَّه يُقَدَّمُ على ابنِ أخِيه لأبوَيْه . الثَّانيةُ ، يسْتَوِى جَدَّاه وعَمَّاه كأبوَيْه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يُقَدَّمُ جَدُّه وعَمُّه لأبِيه .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِكَنِيسَةٍ ، وَلَا بَيْتِ نَارٍ ، ....

الشرح الكبير

لجَميعِهم ؛ لأنَّ بعضَهم ليس بأَوْلَى مِن بعضٍ ، والاسمُ يَشْمَلُهم . وإن لم يُوجَدْ ثلاثةٌ فى درجةٍ واحدةٍ ، كُمِّلَتْ مِن الثانيةِ . فإن كان[1] فى الدَّرَجَةِ الثانيةِ جَماعَةٌ ، سُوِّىَ بينَهم ؛ لِما ذَكَرْنا فى الدَّرَجَةِ الأُولَى ، وإن لم تُكَمَّلْ مِن الثانيةِ ، فمِن الثالثةِ ، فإذا وُجِد ابنٌ وأخٌ وعَمٌّ ، فالوصيةُ بينَهم أثلاثًا ، وكذلك إن كان ابنٌ وأَخَوان ، وإن كان ابنٌ وثلاثةُ إخْوَةٍ ، دخل جميعُهم فى الوصيةِ ، ويَنْبَغِى أن يكونَ للابنِ ثُلُثُ الوصيةِ ولهم ثُلُثاها . فإن كان الابنُ وارثًا ، سَقَط حَقُّه مِن الوصيةِ إن لم يُجَزْ له ، والباقِى للإخْوَةِ . وإن وَصَّى لعَصَبَتِه ، فهو لمَن يَرِثُه بالتَّعْصِيبِ فى الجملةِ ، سواءٌ كان مَن يَرِثُ فى الحالِ أو لم يكنْ . ويُسَوَّى بينَ قَرِيبِهم وبَعِيدِهم ؛ لشُمُولِ اللفظِ لهم . ولا خِلافَ فى أنَّهم لا يكونون مِن جِهَةِ الأُمِّ بحالٍ .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ولا تَصِحُّ الوصيةُ لكَنِيسَةٍ ، ولا بَيْتِ نارٍ) [١٩٠/٥ ظ] ولا لعِمارتِهما والإنفاقِ عليهما . وبهذا قال

الإنصاف

قوله : ولا تصِحُّ الوَصِيَّةُ لكَنِيسَةٍ ، ولا بَيْتِ نارٍ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ قاطِبَةً ، وقطَع به أكثرُهم . وذكَر القاضى ، أنَّه لو أَوْصَى بحُصْرِ البِيَعِ وقَنادِيلِها وما شاكَلَ ذلك ، ولم يقْصِدْ إعْظامَها أنَّ الوَصِيَّةَ تصِحُّ ؛ لأنَّ[2] الوَصِيَّةَ لأهْلِ الذِّمَّةِ صحيحَةٌ . قلتُ : وهذا ضعيفٌ . وردَّه الشَّارِحُ ، واقْتَصَرَ عليه فى « الرِّعايةِ » ، وقال : فيه نظَرٌ . ورُوِىَ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، ما يدُلُّ على

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع وَلَا لِكُتُبِ التَّوْرَاةِ وَالْإِنْجِيلِ ، ....

الشرح الكبير

الشافعيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وسواءٌ كان المُوصِى مسلمًا أو ذِمِّيًّا . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : تَصِحُّ . وأجازَ أبو حنيفةَ الوصيةَ بأرضِه تُبْنَى كنيسةً . وخالَفه صاحِباه . وأجازَ أصحابُ الرَّأْىِ أن يُوصِىَ بشراءِ خَمْرٍ أو خنازيرَ ويُتَصَدَّقَ بها على أهلِ الذِّمَّةِ . ولَنا أنَّ هذه أفعالٌ مُحَرَّمَةٌ ، وفِعْلُها مَعْصِيَةٌ ، فلم تَصِحَّ الوصيةُ بها ، كما لو وَصَّى بعبدِه أو أمتِه للفُجُورِ ، ولأنَّها لا تَجوزُ فى الحياةِ ، فلا تجوزُ فى المماتِ .

٢٧٠٤ – مسألة : وإن وَصَّى (لكُتُبِ التوراةِ والإنجيلِ) لم تَصِحَّ ؛ لأنَّها كُتُبٌ مَنْسُوخَةٌ وفيها تَبْدِيلٌ ، والاشْتِغالُ بها غيرُ جائزٍ ، وقد غَضِب

الإنصاف

صِحَّةِ الوَصِيَّةِ مِنَ الذِّمِّىِّ لخِدْمَةِ الكَنِيسَةِ . قال فى « الهِدايَةِ » ، ومَن تبِعَه : وإنْ وَصَّى لبِناءِ كَنِيسَةٍ أو بَيْعَةٍ أو كَتْبِ التَّوْراةِ والإنْجيلِ ، لم تصِحَّ الوَصِيَّةُ . ونقَل عَبْدُ اللهِ ما يدُلُّ على[1] صِحَّتِها . قال فى « الرِّعايتَيْن » : لم تصِحَّ على الأصحِّ . ثُم قال : قلتُ : تُحْمَلُ الصِّحَّةُ على وَصِيَّةِ ذِمِّىٍّ بما يجوزُ[2] له فِعْلُه مِن ذلك . انتهى . قلتُ : وحَمْلُ الرِّوايَةِ على غيرِ ظاهِرِها مُتَعَيِّنٌ .

قوله : ولا لكُتُبِ التَّوْراةِ والإنْجِيلِ ، ولا لمَلَكٍ ، ولا لمَيِّتٍ . بلا نِزاعٍ . وقال فى « الرِّعايةِ » : ولا تصِحُّ لكُتُبِ تَوْراةٍ وإنْجيلٍ على الأصحِّ . وقيل : إنْ كان المُوصِى بذلك كافِرًا ، صحَّ ، وإلَّا فلا . وتقدَّم قريبًا ، فى فائدَةٍ ، هل تُشْتَرَطُ القُرْبَةُ فى الوَصِيَّةِ أمْ لا ؟ .

(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى ط : « يجيز » .

وَلَا لِمَلَكٍ ، وَلَا لِمَيِّتٍ ، وَلَا لِبَهِيمَةٍ .

النبيُّ ﷺ حينَ رَأى مع عُمَرَ شيئًا مَكْتُوبًا مِن التوارةِ[1] . وذَكَر القاضى أنَّه لو أوْصَى لحُصُرِ البِيَعِ وقَنادِيلِها ، وما شاكَلَ ذلك ، ولم يَقْصِدْ إعْظامَها بذلك ، صَحَّتِ الوصيةُ ؛ لأنَّ الوصيةَ لأهلِ الذِّمَّةِ ، فإنَّ النَّفعَ يَعُودُ إليهم ، والوصيةُ لهم صحيحةٌ . والصحيحُ أنَّ الوصيةَ لا تَصِحُّ بهذا ؛ لأنَّ ذلك إنَّما هو إعانةٌ لهم على مَعْصِيَتِهم ، وتَعْظِيمٌ لكَنائِسِهم . ونُقِل عن أحمدَ ما يَدُلُّ على صحةِ الوصيةِ مِن الذِّمِّيِّ بخِدْمَةِ الكَنِيسَةِ . والأوَّلُ أوْلَى وأصَحُّ . وإن وَصَّى ببناءِ بَيْتٍ لِيَسْكُنَه المُجْتازُون مِن أهلِ الذِّمَّةِ وأهلِ الحَرْبِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ بناءَ مَساكِنِهم ليس بمَعْصِيَةٍ .

فصل : ولا تَصِحُّ الوصيةُ لكافِرٍ بمُصْحَفٍ ولا عبدٍ مسلمٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ هِبَتُهما له ولا بَيْعُهما منه . وإن وَصَّى له بعبدٍ كافِرٍ ، فأسْلَمَ قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، بَطَلَتِ الوصيةُ ، وإن أسْلَمَ بعدَ الموتِ وقبلَ القَبُولِ ، وقُلْنا : إنَّ المِلْكَ إنَّما ثَبَت حينَ القَبُولِ . بَطَلَتْ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَبْتَدِئَ المِلْكَ على مسلمٍ . وإن قلنا : يَثْبُتُ المِلْكُ بالموتِ قبلَ القَبُولِ . فالوصيةُ صحيحةٌ ؛ لأنَّا نَتَبَيَّنُ أنَّه أسْلَمَ بعدَ أن مَلَكَه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ أيضًا ؛ لأنَّه يَأْتِي بسَبَبٍ لَوْلاه لم يَثْبُتِ المِلْكُ ، فمنَعَ منه ، كابْتِداءِ المِلْكِ .

٢٧٠٥ - مسألة : (ولا) تَصِحُّ (لمَلَكٍ ، ولا لبَهِيمَةٍ) ولا لجِنِّيٍّ ؛ لأنَّه تَمْليكٌ ، فلم يَصِحَّ لهم ، كالهِبَةِ (ولا) تَصِحُّ (لمَيِّتٍ)

تنبيه : قوْلُه : ولا لبَهِيمَةٍ . إنْ وَصَّى لفَرَسٍ حَبِيسٍ ، صحَّ ، إذا لم يقْصِدْ

(١) تقدم تخريجه فى ٣٨٣/١٦ .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لِحَىٍّ وَمَيِّتٍ يَعْلَمُ مَوْتَهُ ، فَالْكُلُّ لِلْحَىِّ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَكُونَ لَهُ إِلَّا النِّصْفُ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَلِلْحَىِّ نِصْفُ الْمُوصَى بِهِ .

الشرح الكبير

لذلك . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . وقال مالكٌ : إن عَلِم أنَّه مَيِّتٌ ، صَحَّتِ الوصيةُ ، وهى لوَرَثَتِه بعدَ قضاءِ دُيُونِه وتَنْفِيذِ وصاياهُ ؛ لأنَّ الغَرَضَ نفْعُه بها ، فأشْبَهَ ما لو كان حَيًّا . ولَنا ، أنَّه أوْصَى لمَن لا تَصِحُّ الوصيةُ له لو لم يَعْلَمْ حالَه ، فلا تَصِحُّ إذا عَلِم حالَه ، كالبَهِيمَةِ ، وفارَقَ الحَىَّ ؛ فإنَّ الوصيةَ تَصِحُّ له فى الحالَيْن ، [١٩١/٥ و] ولأنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فلم يَصِحَّ للمَيِّتِ ، كالهِبَةِ .

٢٧٠٦ – مسألة : (وإن وَصَّى لحىٍّ ومَيِّتٍ يَعْلَمُ موتَه ، فالكلُّ للحىِّ . ويَحْتَمِلُ أن لا يكونَ له إلَّا النِّصْفُ . وإن لم يَعْلَمْ ، فللحىِّ نِصْفُ المُوصَى به) إذا وَصَّى بثُلُثِه أو بمائةٍ لحىٍّ ومَيِّتٍ ، فللحىِّ نِصْفُ الوصيةِ ، سَواءٌ عَلِم موتَه أو لم يَعْلَمْ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، وإسحاقَ ، والبَصْرِيِّين .

الإنصاف

تَمْليكَه ، كما صرَّح به المُصَنِّفُ قبلَ ذلك . وإنْ وَصَّى لفَرَسِ زَيْدٍ ، صحَّ ، ولَزِمَ بدُونِ قَبُولِ صاحِبِها ، ويصْرِفُها فى عَلْفِه . ومُرادُ المُصَنِّفِ هنا ، تَمْليكُ البَهِيمَةِ .

قوله : وإنْ وَصَّى لحَىٍّ ومَيْتٍ يَعْلَمُ مَوْتَه ، فالكُلُّ للحَىِّ . وهو أحدُ الوَجْهَيْن . ونُقِلَ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، ما يدُلُّ عليه . واخْتارَه فى « الهِدايَةِ » ، و « الكافِى » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يكونَ

الشرح الكبير

وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : إذا قال : هذه المائةُ لفلانٍ وفلانٍ المَيِّتِ . فهى للحىِّ منهما . وإن قال : بينَ فلانٍ وفلانٍ . فوافَقَنا الثَّوْرِىُّ على أنَّ نِصْفَها للحىِّ . وعن الشافعىِّ كالمَذْهَبَيْن . وقال أبو الخَطَّاب : عندِى إذا عَلِمَه مَيِّتًا ، فالكلُّ للحىِّ ، وإن لم يَعْلَمْه مَيِّتًا ، فللحىِّ النِّصْفُ . وقد نُقِلَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على هذا القولِ ، فإنَّه قال ، فى روايةِ ابنِ القاسِمِ : إذا وَصَّى لفلانٍ وفلانٍ بمائةٍ ، فبان أحَدُهما مَيِّتًا ، فللحىِّ خَمْسُون . فقِيلَ له : أليس إذا قال : ثُلُثِى لفلانٍ وللحائِطِ . أليس كلُّه لفلانٍ ؟ قال : وأىُّ شىءٍ يُشْبِهُ هذا ؟ الحائطُ له مِلْكٌ ! فعلى هذا ، متى شَرَّكَ بينَ مَن تَصِحُّ الوصيةُ له وبينَ مَن لا تَصِحُّ ، مثلَ أن يُوصِىَ لفلانٍ وللمَلَكِ أو الحائطِ ، أو لفلانٍ وللمَيِّتِ ، فالمُوصَى به كلُّه لمَن تَصِحُّ له ،

الإنصاف

له إلَّا النِّصْفُ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُذْهَبِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ ، وعليه عامَّةُ الأصحابِ . حتى أبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » . ونصَّ عليه مِن رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : وتتوَجَّهُ القُرْعَةُ بينَ الحَىِّ والمَيْتِ .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يقُلْ : هو بينَهما . فإنْ قالَه ، كان له النِّصْفُ ، قوْلًا واحدًا .

قوله : وإنْ لم يَعْلَمْ ، فللحَىِّ نِصفُ المُوصَى بِه . بلا نِزاعٍ .

الشرح الكبير

إذا كان عالمًا بالحالِ ؛ لأنَّه إذا شَرَّكَ بينَهما فى هذه الحالِ ، عُلِم أنَّه قصَد بالوصيةِ كلِّها مَن تَصِحُّ الوصيةُ له . وإن لم يَعْلَمْ بالحالِ ، فلِمَن تَصِحُّ الوصية له نصفُها ؛ لأنَّه قصَد إيصالَ نصفِها إليه وإلى الآخرِ النِّصْفِ ، ظنًّا منه أنَّ الوصيةَ له صحيحةٌ ، فإذا بَطَلَتِ الوصيةُ فى حقِّ أحدِهما ، صَحَّتْ فى حَقِّ الآخَرِ بقِسْطِه ، كتَفْريقِ الصَّفْقَةِ . ووَجْهُ القَوْلِ الأوّلِ ، أنَّه جَعَل الوصيةَ لاثْنَيْن ، فلم يَسْتَحِقَّ أحدُهما جميعَها ، كما لو كانا ممَّن تَصِحُّ الوصية لهما فمات أحدُهما ، أو كما لو لم يَعْلَمِ الحالَ . فأمّا إن وصَّى لاثْنَيْن حَيَّيْن

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، لو وَصَّى له ولجِبْرِيلَ ، أو له وللحائطِ بثُلُثِ مالِه ، كان له الجميعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، وغيرِهم . وقيل : له النِّصْفُ . وهو احْتِمالٌ للقاضِى . قلتُ : هى شَبِيهَةٌ بالتى قبلَها . الثَّانيةُ ، [٢/٢٧٢ظ] لو وَصَّى له وللرَّسُولِ ﷺ بثُلُثِ مالِه ، قُسِمَ بينَهما نِصْفان . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وقيل : الكُلُّ له . فعلى المذهبِ ، يُصْرَفُ ما للرَّسُولِ فى المَصالحِ . قالَه فى « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » : يُصْرَفُ فى الكُراعِ ، والسِّلاحِ ، والمَصالحِ . الثَّالثةُ ، لو وَصَّى له وللهِ ، قُسِمَ نِصْفان . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » . وقيل : كلُّه له . كالتى قبلَها . جزَم به فى « الكافِى » . الرَّابعةُ ، لو وَصَّى لزَيْدٍ وللفُقَراءِ بثُلُثِه ، قُسِمَ بينَ زَيْدٍ والفُقَراءِ

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لِوَارِثِهِ وَأَجْنَبِيٍّ بِثُلُثِ مَالِهِ، فَرَدَّ الْوَرَثَةُ، فَلِلأَجْنَبِيِّ السُّدْسُ.

الشرح الكبير

فمات أحدُهما، فللآخرِ نصفُ الوصيةِ. لا نَعْلَمُ في هذا خِلافًا. ومِثْلُه لو بَطَلَتِ الوصيةُ في حَقِّ أحدِهما؛ لرَدِّه لها، أو لخُرُوجه عن أن يكونَ مِن أهلِها. ولو قال: أوْصَيْتُ لكلِّ واحدٍ مِن فلانٍ وفلانٍ بنِصْفِ الثُّلُثِ — أو — بنصفِ المائةِ — أو — بخَمْسِين. لم يَسْتَحِقَّ أحدُهما أكثَرَ مِن نِصْفِ الوصيةِ، سواءٌ كان شَرِيكُه حَيًّا أو مَيِّتًا؛ لأنَّه عَيَّنَ وصيتَه في النصفِ، فلم يَكُنْ له حَقٌّ فيما سِواه.

٢٧٠٧ – مسألة: (فإن وَصَّى لوارِثِه وأجْنَبِيٍّ) بثُلُثِه، فأجاز سائِرُ

الإنصاف

نِصْفَيْن؛ نِصْفُه له، ونِصْفُه للفُقَراءِ. على الصَّحيحِ. قدَّمه في «الرِّعايتَيْن»، و «الحاوِى الصَّغِيرِ»، و «الفُروعِ». وقال في «الرِّعايةِ الكُبْرى»: قلتُ: إذا أوْصَى لزَيْدٍ وللفُقَراءِ، فهو كأحَدِهم، فيجوزُ أنْ يُعْطَى أقلَّ شيءٍ. انتهى. ولو كان زَيْدٌ فقيرًا، لم يسْتَحِقَّ مِن نصيبِ الفُقَراءِ شيئًا. نصَّ عليه في رِوايَةِ ابنِ هانِئٍ، وعلىِّ بنِ سَعِيدٍ. وهو المذهبُ، وعليه الأصحابُ. ونقَل القاضى الاتِّفاقَ على ذلك. مع أنَّ ابنَ عَقِيلٍ في «فُنونِه» حكَى عنه، أنَّه خرَّج وَجْهًا بمُشارَكتِهم إذا كان فقِيرًا. ذكَرَه في «القاعِدَةِ السَّابِعَةَ عشْرَةَ بعدَ المِائَةِ».

قوله: وإنْ وَصَّى لوارِثه وأجْنَبِىٍّ بثُلُثِ مالِه، فرَدَّ الوَرَثَةُ، فللأجْنَبِىِّ السُّدْسُ – بلا نِزاعٍ أعْلَمُه – وإنْ وَصَّى لهما بثُلُثَىْ مالِه، فكذلك عندَ القاضى. يعْنِى، إذا ردَّ الوَرَثَةُ نِصْفَ الوَصِيَّةِ؛ وهو ما جاوزَ الثُّلُثَ مِن غيرِ تَعْيِينٍ، فيكونُ للأجْنَبِىِّ السُّدْسُ، والسُّدْسُ للوارِثِ. هذا المذهبُ. جزَم به في «الوَجيزِ» وغيرِه.

الشرح الكبير الوَرَثَةِ وصيةَ الوارِثِ ، فالثُّلُثُ بينَهما نِصْفَيْن . وإن وَصَّى لكلٍّ واحدٍ منهما بمُعَيَّنٍ قِيمَتُهما الثُّلُثُ ، فأجاز سائِرُ الورثةِ وصيةَ [٥/١٩١ ظ] الوارِثِ ، جازَتِ الوَصِيَّتان لهما . وإن ردُّوا ، بَطَلَتْ وصيةُ الوارِثِ فى المسْألَتَيْن ، وللأَجْنَبِىِّ السُّدْسُ فى الأُولَى ، والمُعَيَّنُ المُوصَى له به فى الثانيةِ . وهذا قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ، وغيرِهم .

٢٧٠٨ – مسألة : (وإن وَصَّى لهما بثُلُثَىْ مالِه) وأجاز الورثةُ لهما ، جازت . وإن عَيَّنوا نَصِيبَ الوارثِ بالرَّدِّ وَحْدَه ، فللأَجْنَبِىِّ الثُّلُثُ كامِلًا ؛ لأَنَّهم خَصُّوا الوارِثَ بالإِبطالِ ، فالثُّلُثُ كلُّه للأَجْنَبِىِّ ، وسَقَطَتْ وصيةُ الوارِثِ ، فصار كأَنَّه لم يُوصِ له . وإن أَبطَلوا الزّائِدَ عن الثُّلُثِ مِن غيرِ تَعْيِينِ نصيبِ أحَدِهما ، فالثُّلُثُ الباقِى بينَ الوَصِيَّيْن ، لكلٍّ واحِدٍ منهما

الإنصاف وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . وعندَ أبى الخَطَّابِ ، له الثُّلُثُ كُلُّه ، كما لو رَدَّ الوارِثُ وَصِيَّته . وقيل : السُّدْسُ للأَجْنَبِىِّ ، ويَبْطُلُ الباقى ، فلا يسْتَحِقُّ الوارِثُ فيه شيئًا .

فوائد ؛ إحْداها ، لو ردُّوا نَصِيبَ الوارِثِ ، كان للأَجْنَبِىِّ الثُّلُثُ كامِلًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : له السُّدْسُ . وردَّه بعضُهم . الثَّانيةُ ، لو أجازُوا للوارِثِ وَحدَه ، فله الثُّلُثُ ، بلا نِزاعٍ . وكذا إنْ أجازوا[1] للأَجْنَبِىِّ وحدَه ، فله الثُّلُثُ .

(١) فى الأصل ، ط : « أجيز » .

المقنع

فَكَذلِكَ [١٦٤ظ] عِنْدَ الْقَاضِى . وَعِنْدَ أَبِى الْخَطَّابِ ، لَهُ الثُّلُثُ كُلُّهُ .

الشرح الكبير

السُّدْسُ . وهذا الذى ذَكَرَه القاضِى . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّ الوارِثَ يُزاحِمُ الأَجْنَبِىَّ إذا أجاز الورثةُ الوَصِيَّتَيْن ، فيكونُ لكلِّ واحدٍ منهما الثُّلُثُ ، فإذا أَبْطَلُوا نِصْفَهما بالرَّدِّ ، كان البُطْلانُ راجِعًا إليهما ، وما بَقِىَ منهما بينَهما ، كما لو تَلِف ذلك بغيرِ الرَّدِّ . واخْتارَ أبو الخَطّابِ أنَّ الثُّلُثَ جَميعَه للأَجْنَبِىِّ . وحُكِىَ نحوُه عن أبى حنيفةَ ؛ لأنَّهم لا يَقْدِرُونَ على إبْطالِ الثُّلُثِ فما دُونَ إذا كان لأَجْنَبِىٍّ ، ولو جَعَلْنا الوصيةَ بينَهما لمَلَكُوا إبْطالَ ما زاد على السُّدْسِ ، فإن صَرَّحَ الورثةُ بذلك ، فقالوا : أجَزْنا الثُّلُثَ لكما ، ورَدَدْنا ما زاد عليه مِن وَصِيَّتِكما . أو قالوا : رَدَدْنا مِن وصيةِ كلِّ واحِدٍ منكما نِصْفَها ، وبَقَّيْنا له نِصْفَها . كان ذلك آكَدَ فى جَعْلِ السُّدْسِ لكلِّ واحدٍ منهما ؛ لتَصْرِيحِهم به . وإن قالوا : أجَزْنا وصيةَ الوارِثِ كُلَّها ، ورَدَدْنا وصيَّةَ الأَجْنَبِىِّ . فهو على ما قالُوا ؛ لأنَّ لهم أن يُجِيزُوا لهما وأن يَرُدُّوا عليهما ، فكان لهم أن يُجيزُوا لأَحَدِهما ويَرُدُّوا على الآخَرِ . وإن أجازُوا للأَجْنَبِىِّ جَمِيعَ وصيتِه ورَدُّوا على الوارِثِ نِصْفَ وصيتِه ، جاز ،

الإنصاف

على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى » . وقيل : له السُّدْسُ فقطْ . الثَّالثةُ ، لو ردُّوا وَصِيَّةَ الوارِثِ ، ونِصْفَ وَصِيَّةِ الأجْنَبِىِّ ، فله السُّدْسُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ينْزِعُ إلى قولِ القاضى . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ » وغيرِها . وقيلَ : له الثُّلُثُ . وهو ينْزِعُ إلى قولِ أبى الخَطَّابِ .

المقنع وَإِنْ وَصَّى بِمَالِهِ لِابْنَيْهِ وَأَجْنَبِيٍّ ، فَرَدَّا وَصِيَّتَهُ ، فَلَهُ التُّسْعُ

الشرح الكبير كما قُلْنا . وإن أرادُوا أن يَنْقُصُوا الأَجْنَبِيَّ عن نِصْفِ وصيتِه ، لم يَمْلِكُوا ذلك ، سواءٌ أجازُوا للوارِثِ أو رَدُّوا عليه . فإن رَدُّوا جَمِيعَ وصيةِ الوارِثِ ونِصْفَ وصيةِ الأَجْنَبِيِّ ، فعلى قولِ القاضِي ، لهم ذلك ؛ لأَنَّ لهم أن يُجيزُوا الثُّلُثَ لهما ، فيَشْتَرِكان فيه ، ويكونُ لكلِّ واحِدٍ منهما نِصْفُه ، ثم إذا رَجَعُوا فيما للوارِثِ ، لم يَزِدِ الأَجْنَبِيُّ على ما كان له في حالةِ الإِجازَةِ للوارِثِ . وعلى قولِ أبي الخَطّابِ ، يَتَوَفَّرُ الثُّلُثُ كلُّه للأَجْنَبِيِّ ؛ لأنه إنَّما يُنْتَقَصُ[1] منه بمُزاحَمَةِ الوارِثِ ، فإذا زالتِ المُزاحَمَةُ ، وَجَب تَوْفِيرُ الثُّلُثِ عليه ؛ لأنَّه قد أَوْصَى له به .

٢٧٠٩ – مسألة : (ولو وَصَّى بمالِه لابْنَيْه وأَجْنَبِيٍّ) [٥/١٩٢ و] فرَدُّوا وَصِيَّةَ الوارِثِ ، فهو على ما قال ، وإن أجازُوا للوارِثِ ، فالثُّلُث بينَهما ؛ لأَنَّ الوصيةَ تَتَعَلَّقُ بالشَّرْطِ . ولو قال : أَوْصَيْتُ لفلانٍ بثُلُثِي ، فإن مات قبلِي فهو لفلانٍ . صَحَّ . فإن وَصَّى لوارِثِه ، فأَجاز بعضُ باقِي الورثةِ الوصيةَ دُونَ البعضِ ، نَفَذَ في نَصِيبِ مَن أجاز وَحْدَه . وإن أجازُوا بعضَ الوصيةِ دُونَ بعضٍ ، نَفَذَتْ فيما أجازُوا دُونَ ما لم يُجِيزُوا . وإن أجازَ بعضُهم بعضَ الوصيةِ ، وأجاز بعضُهم جَمِيعَها أو رَدُّوها ، فهو على

الإنصاف قوله : وإنْ وَصَّى بمالِه لابْنَيْه وأَجْنَبِيٍّ ، فَرَدَّا وَصِيَّتَه ، فله التُّسْعُ عندَ القاضى . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في

(١) في م : « ينقص » .

المقنع

عِنْدَ الْقَاضِى ، وَعِنْدَ أَبِى الْخَطَّابِ لَهُ الثُّلُثُ ، وَإِنْ وَصَّى لِزَيْدٍ وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ بِثُلُثِهِ ، فَلِزَيْدٍ التُّسْعُ .

الشرح الكبير

ما فَعَلُوا مِن ذلك . فلو خَلَّفَ ثلاثةَ بَنِينَ ، وعَبْدًا لا يَمْلِكُ غيرَه ، فوَصَّى به لأَحَدِهم ، أو وَهَبَه إيّاه فى مَرَضِ مَوْتِه ، فأَجازَ له أخَواه ، فهو له ، وإن أجازَ له أحَدُهما وَحْدَه ، فله ثُلُثاه ، وإن أجازا[1] له نِصْفَ العَبْدِ ، فله نِصْفُه ، ولهما نِصْفُه ، وإن أجاز أحَدُهما له نِصْفَ نَصِيبِه ورَدَّ الآخَرُ ، فله النِّصْفُ ، الثُّلُثُ بنَصِيبِه والسُّدْسُ مِن نَصِيبِ المُجيزِ ، وإن أجازَ كلُّ واحدٍ منهما له نِصْفَ نَصِيبِه ، كَمَلَ له الثُّلُثان ، وإن أجاز لَه أحَدُهما نِصْفَ نَصِيبِه ، والآخَرُ ثُلُثَه ، أو باع نَصِيبَه ، كَمَلَ له ثلاثةُ أرْباعِ العَبْدِ . وإن وَصَّى بالعبدِ لاثْنَيْن منهما ، فللثالثِ أن يُجيزَ لهما أو يَرُدَّ عليهما ، أو يُجيزَ لهما بعضَ وَصِيَّتِهما ، إن شاء متَساويًا ، وإن شاء مُتَفاضِلًا ، أو يَرُدَّ على أحَدِهما ويُجيزَ للآخرِ وَصِيَّتَه كلَّها أو بعضَها ، أو يُجيزَ لأحَدِهما جَميعَ وَصِيَّتِه وللآخرِ بعضَها ، فكلُّ ذلك جائزٌ ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، فكَيْفَما شاء فَعَلَ فيه .

٢٧١٠ – مسألة : (وإن وَصَّى لزيدٍ والفُقَراءِ والمَساكِينِ بثُلُثِه ، فلزَيْدٍ التُّسْعُ) وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ . وعن محمدٍ ، لزيدٍ الخُمْسُ ،

الإنصاف

« الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وعندَ أبِى الخَطَّابِ ، له الثُّلُثُ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : وهو أقْيَسُ . قال فى « الفائقِ » : ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ له السُّدْسُ ؛ جَعْلًا لهما صِنْفًا .

قوله : وإنْ وَصَّى لزَيْدٍ وللفُقَراءِ والمَساكِينِ بثُلُثِه ، فلزَيْدٍ التُّسْعُ . والباقِى

(١) فى م : « أجاز » .

الشرح الكبير

وللفُقَراءِ الخُمْسانِ ، وللمَساكِينِ الخُمْسان ؛ لأنَّ أقَلَّ الجَمْعِ اثْنانِ . ولأصْحابِ الشافعيِّ وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، كقَوْلِنا . والثانِي ، له السُّبْعُ ؛ لأنَّ أقَلَّ الجمعِ ثلاثةٌ ، فإذا انْضَمَّ إليهم صاروا سَبْعَةً . ولَنا ، أنَّه وَصَّى لثَلاثِ جِهَاتٍ ، فوَجَبَ أن يُقْسَمَ بينَهم بالسَّوِيَّةِ ، كما لو وَصَّى لزيدٍ وعَمْرٍو وخالِدٍ . وإن كان زَيْدٌ مِسْكِينًا ، لم يُدْفَعْ إليه مِن سَهْمِ المَساكِينِ شيءٌ . وبه قال الحسنُ ، وإسحاقُ ؛ لأنَّ عَطْفَهم عليه يَدُلُّ على المُغايَرَةِ بينَهم ، إذ الظَّاهِرُ بينَ المَعْطُوفِ والمَعْطُوفِ عليه المُغايَرَةُ[1] ، ولأنَّ تَجْوِيزَ ذلك

الإنصاف

لهما . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال فى « الرِّعايةِ » : قلتُ : يَحْتَمِلُ أنَّ له السُّدْسَ ؛ لأنَّهما هنا صِنْفٌ . انتهى . قلتُ : يتخرَّجُ فيه أيضًا ، أنْ يكونَ كأحَدِهم ، فيُعْطَى أقلَّ شيءٍ . كما قالَه صاحِبُ « الرِّعايةِ » ، على ما تقدَّم قريبًا .

فوائد ؛ الأُولى ، لو وَصَّى له ولإخْوَتِه بثُلُثِ مالِه ، فهو كأحَدِهم . قدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، وقال : ويَحْتَمِلُ أنَّ له النِّصْفَ ولهم النِّصْفَ . قال الحارِثِيُّ : أظْهَرُ الوَجْهَيْن ، أنَّ له النِّصْفَ . وقال فى « الفُروعِ » : ولو وَصَّى له وللفُقَراءِ بثُلُثِه ، فنِصْفان . وقيل : هو كأحَدِهم ، كلَه وإخْوَتِه فى وَجْهٍ . فظاهِرُ ما قدَّمه أنْ يكونَ له النِّصْفُ . وهو احْتِمالٌ فى[2] « الرِّعايةِ » . وهو المذهبُ . وتقدَّم قريبًا ، إذا وَصَّى له وللفُقَراءِ ، أو له وللهِ ، أو له وللرَّسُولِ ، وما أشْبَهَ ذلك . الثَّانيةُ ، لو وَصَّى بدَفْنِ كُتُبِ العِلْمِ ، لم تُدْفَنْ . قالَه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، وقال : ما يُعْجِبُنِى . ونقَل الأثْرَمُ ، لا بَأْسَ . ونقَل غيرُه ، يُحْسَبُ مِن ثُلُثِه . وعنه ، الوَقْفُ .

---

(1) سقط من : الأصل .

(2) سقط من : ط .

الشرح الكبير

يُفْضِى إلى تَجْوِيزِ دَفْعِ نَصِيبِ المَساكِينِ كلِّه إليه ، ولَفْظُه يَقْتَضِى خِلافَ ذلك . فأمّا إن كانتِ الوصيةُ لقومٍ يُمْكِنُ اسْتِيعابُهم وحَصْرُهم ، مثلَ أن يقولَ : هذا لزيدٍ وإخْوَتِه . فهى كالتى قبلَها . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ كأحَدِهم ؛ لأنَّه شَرَّكَ بينَه وبينَهم على وَجْهٍ لا يجوزُ الإخْلالُ ببعضِهم ، فتَساوَوْا فيه ، كما لو قال : هذا لكم .

الإنصاف

قال الخَلَّالُ : الأحْوَطُ دَفْنُها . الثَّالثةُ ، لو وَصَّى بإحْراقِ ثُلُثِ مالِه ، صحَّ ، وصُرِفَ فى تَجْمِيرِ الكَعْبَةِ ، وتَنْويرِ المَساجِدِ . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ ، واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » . قلتُ : الذى ينْبَغِى ، أنْ يُنْظَرَ فى القَرائنِ ؛ فإنْ كان مِن أهْلِ الخَيْرِ ، ونحوِهم ، صُرِفَ فى ذلك ، وإلَّا فهو لَغْوٌ . الرَّابعَةُ ، قال ابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ الجَوْزِىِّ : لو وَصَّى بجَعْلِ ثُلُثِه فى التُّرابِ ، صُرِفَ فى تكْفِينِ المَوْتَى . ولو وَصَّى بجَعْلِه فى الماءِ ، صُرِفَ فى عَمَلِ سُفُنٍ للجِهادِ . قلتُ : وهذا مِن جِنْسِ ما قبلَه . وقال ابنُ الجَوْزِىِّ ، إمَّا مِن عندِه ، وإمَّا حِكايَةً عنِ الإمامِ الشَّافِعِىِّ ، رَحِمَه اللهُ ، ولم يُخالِفْه : لو أنَّ رجُلًا وَصَّى بكُتُبِه مِنَ العِلْمِ لآخَرَ ، فكان فيها كُتُبُ الكَلامِ ، لم تدْخُلْ فى الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّه ليس مِنَ العِلْمِ . وهو صحيحٌ .

المقنع

بَابُ الْمُوصَى بِهِ

تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ؛ كَالْآبِقِ، وَالشَّارِدِ، وَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ، وَالْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ، وَبِالْمَعْدُومِ ؛ كَالَّذِي تَحْمِلُ أَمَتُهُ أَوْ شَجَرَتُهُ أَبَدًا ، أَوْ فِي مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ .

الشرح الكبير

[١٩٢/٥ ظ] بابُ المُوصَى به

(تَصِحُّ الوَصِيةُ بما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمه ؛ كالآبِقِ ، والشّارِدِ ، والطَّيْرِ فى الهَواءِ ، والحَمْلِ فى البَطْنِ ، واللَّبَنِ فى الضَّرْعِ) لأنَّ الوصية إذا صَحَّتْ بالمَعْدُومِ ، فبغيرِه أوْلَى ، ولأنَّها أُجْرِيَتْ مُجْرَى المِيراثِ ، وهذا يُورَثُ ، فيُوصَى به . فإن قَدَر عليه ، أخَذَه وَسَلَّمَه إذا خَرَج مِن الثُّلُثِ ، وللوَصِىِّ السَّعْىُ فى تَحْصِيله ، فإن قَدَر عليه ، أخَذَه إذا خَرَج مِن الثُّلُثِ .

فصل : وتَصِحُّ بالحَمْلِ إذا كان مَمْلُوكًا ، بأن يكونَ رَقِيقًا ، أو حَمْلَ بَهِيمَةٍ مَمْلُوكَةٍ ؛ لأنَّ الغَرَرَ والخَطَرَ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الوصيةِ ، فجَرَى مَجرَى إعْتاقِ الحَمْلِ . فإنِ انْفَصَلَ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الوصيةُ ، وإن خَرَج حَيًّا وعَلِمْنا وُجُودَه حالَ الوصيةِ ، أو حَكَمْنا بوُجُودِه ، صَحَّتِ الوصيةُ ، وإن لم يكنْ كذلك لم يَصِحَّ ؛ لجَوازِ حُدُوثِه .

٢٧١١ – مسألة : (و) تَصِحُّ (بالمَعْدُومِ) فلو قال : أوْصَيْتُ

الإنصاف

[٢٧٣/٢و] بابُ المُوصَى به

قوله : تصِحُّ الوَصِيَّةُ بالمَعْدُومِ ، كالَّذى تحْمِلُ أَمَتُه ، أو شَجَرَتُه أَبَدًا ، أَوْ مُدَّةً

المقنع

فَإِنْ حَصَلَ مِنْهُ شَيْءٌ فَهُوَ لَهُ ، وَإِلَّا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمِائَةٍ لَّا يَمْلِكُهَا ، صَحَّ . فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهَا عِنْدَ الْمَوْتِ أَوْ عَلَى شَيْءٍ مِنْهَا ، وَإِلَّا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

الشرح الكبير

لك بما تَحْمِلُ جارِيَتِى هذه -أو -ناقتِى هذه -أو -نَخْلَتِى هذه . صَحَّ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن صِحَّتِها مع الغَرَرِ ، سواءٌ وَصَّى بما تَحْمِلُه أبدًا أو مُدَّةً بعَيْنِها ؛ لأنَّ المَعْدُومَ يجوزُ أن يُمْلَكَ بالسَّلَمِ والمُساقاةِ ، فجاز أن يُمْلَكَ بالوصيةِ (فإن حَصَل منه شيءٌ ، وإلَّا بَطَلَت وصيَّتُه) لأنَّ المُوصَى به عُدِمَ ، فبَطَلَتِ الوصيةُ به ، كالمَوْهُوبِ إذا عُدِمَ ؛ لأنَّ الوصيةَ كالهِبَةِ (وإن وَصَّى له بمائةٍ لا يَمْلِكُها ، صَحَّ . فإن قَدَرَ عليها عندَ المَوْتِ أو على شيءٍ منها ، وإلَّا بَطَلَتْ) لِما ذَكَرْنا فى المسألةِ قبلَها .

الإنصاف

مُعَيَّنَةً - هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ - فإنْ حصَل شيءٌ ، فهو له ، وإلَّا بطَلَتْ . قال فى « الفُروعِ » : ويُعْتَبَرُ إمْكانُ المُوصَى به . وفى « التَّرْغيبِ » وغيرِه ، واخْتِصاصُه . فلو وَصَّى بمالِ غيرِه ، لم يصِحَّ ، ولو مَلَكَه بعدُ . وتَصِحُّ بزَوْجَتِه ، ووَقْتُ فَسْخِ النِّكاحِ ، فيه الخِلافُ . وبما تحْمِلُ شَجَرَتُه أبدًا ، أو إلى مُدَّةٍ ، ولا يلْزَمُ الوارِثَ السَّقْىُ ؛ لأنَّه لم يضْمَنْ تسْليمَها ، بخِلافِ مُشْتَرٍ . ومِثْلُه بمائةٍ لا يمْلِكُها إذَنْ . وفى « الرَّوْضَةِ » ، إنْ وَصَّى بما تحْمِلُ هذه الأَمَةُ ، أو هذه النَّخْلَةُ ، لم تصِحَّ ؛ لأنَّه وَصِيَّةٌ بمَعْدومٍ . والأشْهَرُ ، وبحَمْلِ أَمَتِه ، ويأْخُذُ قِيمَتَه . نصَّ عليه . وقيل : ويدْفَعُ أُجْرَةَ حَضانَتِه . انتهى كلامُ صاحِبِ « الفُروعِ » . وقيل : لا تصِحُّ الوَصِيَّةُ بحَمْلِ أَمَتِه .

المقنع

وَتَصِحُّ بِمَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ ؛ كَالْكَلْبِ ، وَالزَّيْتِ النَّجِسِ .

الشرح الكبير

٢٧١٢ – مسألة : (وتَصِحُّ بما فيه نَفْعٌ مُباحٌ مِن غيرِ المالِ ؛ كالكَلْبِ ، والزَّيْتِ النَّجِسِ) تَصِحُّ الوصيةُ بالكَلْبِ المُباحِ اقْتِناؤُه ؛ ككَلْبِ الصَّيْدِ والماشِيةِ والحَرْبِ ؛ لأنَّ فيه نَفْعًا مُباحًا ، وتُقَرُّ اليَدُ عليه ، والوصيةُ تَبَرُّعٌ ، فصَحَّتْ فى المالِ وفى غيرِ المالِ ، كالهِبَةِ . وإن كان ممّا لا يُباحُ اقْتناؤُه ، لم تَصِحَّ الوصيةُ به ، سواءٌ قال : كَلْبًا مِن كلابى – أو – مِن مالى . لأنَّه لا يَصِحُّ شِراءُ الكَلْبِ ؛ لأنه لا قِيمَةَ له ، بخِلافِ ما إذا أوْصَى له بشاةٍ ولا شاةَ له ، فإنَّه يُمْكِنُ تَحْصِيلُها بالشِّراءِ . فإن كان له كَلْبٌ ولا مالَ له سِواه ، فله ثُلُثُه . وإن كان له مالٌ سِواه ، فقد قِيلَ : للمُوصَى له جَمِيعُ الكَلْبِ وإن قَلَّ المالُ ؛ لأنَّ قَلِيلَ المالِ خَيْرٌ مِن الكَلْبِ ؛ لكونِه لا قِيمَةَ له . وقيل : للمُوصَى له به ثُلُثُه وإن كَثُرَ المالُ ؛ لأنَّ مَوْضُوعَ الوصيةِ على أن يُسَلَّمَ ثُلُثَا التَّرِكَةِ للوَرَثةِ ، وليس فى التَّرِكَةِ شىءٌ مِن جِنْسِ المُوصَى به .

الإنصاف

قوله : وتَصِحُّ بما فيه نَفْعٌ مُباحٌ مِن غيرِ المالِ ؛ كالكَلْبِ ، والزَّيْتِ النَّجِسِ ، فَإِنْ لم يكُنْ له مالٌ ، فللمُوصَى له ثُلُثُ ذلك – يعْنِى ، إذا لم تُجزِ الوَرَثَةُ ، وهذا بلا نِزاعٍ ، وإنْ كان له مالٌ ، فجميعُ ذلك للمُوصَى له ، وإنْ قَلَّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الخُلاصةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، إلَّا أنْ تكونَ النُّسْخَةُ مَغْلوطَةً . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو الأظْهَرُ عندَ الأصحابِ وفى الآخَرِ له

المقنع

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِى مَالٌ فَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَجَمِيعُ ذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ وَإِنْ قَلَّ الْمَالُ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِى الآخَرِ ، لَهُ ثُلُثُهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَلْبٌ ، لَمْ تَصِحَّ [١٦٥و] الْوَصِيَّةُ بِهِ .

الشرح الكبير

فصل : وإن وَصَّى لرجلٍ بكِلابِه ولآخَرَ [٥/١٩٣ و] بثُلُثِ مالِه ، فللمُوصَى له بالثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وللمُوصَى له بالكِلابِ ثُلُثُها ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ ما حَصَل للورثةِ[1] مِن ثُلُثَىِ المالِ قد جازَتِ الوصيةُ فيما يُقابِلُه مِن حَقِّ المُوصَى له ، وهو الثُّلُثُ ، فلا يُحْسَبُ عليهم فى حَقِّ الكِلابِ . ولو وَصَّى بثُلُثِ مالِه ، ولم يُوصِ بالكِلابِ ، دُفِع إليه ثُلُثُ المالِ ، ولم يُحْتَسَبْ بالكِلابِ على الورثةِ ؛ لأنَّها ليست بمالٍ . وإذا قُسِمَتِ الكِلابُ بينَ الوارِثِ

الإنصاف

ثُلُثُه . وهو المذهبُ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . واخْتارَه فى « المُحَرَّرِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . قال الحارِثِىُّ : ويَحْتَمِلُ وجْهًا ثالثًا ، وهو أنْ يُضَمَّ إلى المالِ بالقِيمَةِ ، فتُقَدَّرَ المالِيَّةُ فيه ، كتَقْديرِها فى الجُزْءِ فى بعضِ الصُّوَرِ ، ثم يُعْتَبَرَ مِنَ الثُّلُثِ كأنَّه مالٌ . قال : وهذا أصحُّ .

فوائد ؛ إحْداها ، الكَلْبُ المُباحُ النَّفْعِ ؛ كَلْبُ الصَّيْدِ ، والماشِيَةِ ، والزَّرْعِ ، لا غيرُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا الأشْهَرُ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : فى الصَّيْدِ . وقيل : أوِ البُسْتانِ . وقالَه فى « الرِّعايتَيْن » ، فى آدابِهما . وقيل : وكَلْبُ البُيوتِ أيضًا . وهو احْتِمالٌ للمُصَنِّفِ ، فعليه تصِحُّ

---

(١) فى م : « الورثة » .

الشرح الكبير

والمُوصَى له ، أو بينَ اثْنَيْن مُوصًى لهما بها ، قُسِمَتْ على عَدَدِها ؛ لأنَّها لا قِيمَةَ لها ، فإن تَشاحُّوا فى بعضِها ، فيَنْبَغِى أن يُقْرَعَ بينَهم . وإن وَصَّى له بكلبٍ[1] ، وله كِلابٌ يُباحُ اتِّخاذُها ، ككِلابِ الصَّيْدِ والماشِيَةِ والحَرْثِ ، فله واحِدٌ منها بالقُرْعَةِ ، أو ما أحَبَّ الورثةُ ، على الروايةِ الأُخْرَى . وإن كان له كَلْبٌ يُباحُ اتِّخاذُه ، وكَلْبُ هِراشٍ[2] ، فله الكَلْبُ المُباحُ . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى هذا الفَصْلِ كلِّه[3] على ما ذَكَرْنا ، إلَّا أنَّه يَجْعَلُ للمُوصَى له بكَلْبٍ ما أحَبَّ الورثةُ دَفْعَه إليه . ولا تَصِحُّ الوصيةُ بالجَرْوِ الصغيرِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، وتَصِحُّ فى الآخرِ ، بِناءً على جَوازِ اقْتِنائِه وتَرْبِيَتِه للصَّيْدِ ، وقد سَبَق ذلك فى كِتابِ البَيْعِ[4] .

الإنصاف

الوَصِيَّةُ أيضًا . وأمَّا الجَرْوُ الصَّغِيرُ ، فيُباحُ تَرْبِيَتُه لما يُباحُ اقْتِناؤُه له . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « الفروعِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » فى آدابِهما ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الكافِى » ، فتَصِحُّ الوَصِيَّةُ به . وقيل : لا تجوزُ تَرْبِيَتُه ، فلا تصِحُّ الوَصِيَّةُ به . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . أمَّا إنْ كان عندَه ما يَصِيدُ به ، و لم يَصِدْ به ، أو يَصِيدُ به عندَ الحاجَةِ إلى الصَّيْدِ ، أو لحِفْظِ ماشِيَةٍ ، أو زَرْعٍ ، إنْ حصَلا ، فخِلافٌ . قالَه فى « الفُروعِ » . ذكَرَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » احْتِمالَيْن مُطْلَقَيْن . ذكَرَه فى البَيْعِ . قلتُ : الذى يظْهَرُ ، أنَّ ذلك كالجَرْوِ الصَّغِيرِ . وقدَّم فى « الكافِى » الجوازَ . وقدَّمه ابنُ

---

(١) فى النسخ : « كلاب » . وانظر المغنى ٨/٥٦٩ .

(٢) فى م : « هراس » . والهراش : التحريش بين الكلاب .

(٣) سقط من : م .

(٤) انظر ما تقدم فى ١١/٤٧ .

المقنع

وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَا لَا نَفْعَ فِيهِ ، كَالْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَنَحْوِهِمَا .

الشرح الكبير

فصل : فأمّا الزَّيْتُ النَّجِسُ ، فإن قُلْنا بجَوازِ الاسْتِصباحِ به ، فهو كالكَلْبِ الذى يُباحُ اتِّخاذُه . وإن قُلْنا : لا يجوزُ . لم تَصِحَّ الوصيّةُ ؛ لأنَّه ليس فيه نَفْعٌ مُباحٌ ، أشْبَهَ الخِنْزِيرَ .

فصل : ولا تَصِحُّ الوصيةُ بالخِنْزِيرِ ، ولا بشىءٍ مِن السِّباعِ التى لا تَصْلُحُ للصَّيْدِ ؛ كالأسَدِ ، والذِّئْبِ ؛ لأنَّها لا مَنْفَعَةَ فيها . ولا تَصِحُّ بشىءٍ ليس فيه مَنْفَعَةٌ مُباحَةٌ مِن غيرِها (كالخَمْرِ والمَيْتَةِ ونحوِهما) لأنَّ الوصيةَ تمليكٌ ، فلا تَصِحُّ بذلك ، كالهِبَةِ ، ولأنَّ ذلك مُحَرَّمٌ ، فلا تَصِحُّ الوصيةُ به ، كالخِنْزِيرِ .

الإنصاف

رَزِينٍ ، وجعَل فى « الرِّعايةِ » الكَلْبَ الكبيرَ ، الذى لا يَصِيدُ به لَهْوًا ، كالجَرْوِ الصَّغيرِ ، وأطْلَقَ الخِلافَ فيه . وجزَم بالكَراهَةِ فى « آدابِ الرِّعايَتَيْن » . وقال فى « الواضِحِ » : الكَلْبُ ليس ممَّا يمْلِكُه . وفى طَريقةِ بعضِ الأصحابِ ، إنَّما يصِحُّ لمِلْكِ اليَدِ الثَّابِتِ له ، كخَمْرٍ تَخَلَّلَ ، ولو ماتَ مَن فى يَدِه خَمْرٌ ، وُرِثَ عنه ، فلهذا يُورَثُ الكَلْبُ ؛ نظَرًا إلى اليَدِ حِسًّا . الثَّانيةُ ، تُقْسَمُ الكِلابُ المُباحَةُ بينَ الوَرَثَةِ ، والمُوصَى له ، والمُوصَى لهما ، بالعَدَدِ ، فإنْ تشاحُّوا ، فبِقُرْعَةٍ . ويأْتِى فى بابِ الصَّيْدِ ، تحْريمُ اقْتِناءِ الكَلْبِ الأسْوَدِ البَهِيمِ ، وجَوازُ قَتْلِه ، وكذا الكَلْبُ العَقُورُ . الثَّالثةُ ، لو أوْصَى له بكَلْبٍ ، وله كِلابٌ . قال فى « الرِّعايةِ » : له أحَدُها[1] بالقُرْعَةِ . وجزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وعنه ، بل ما شاءَ الوَرَثَةُ . انتهى . قلتُ : وهذا هو الصَّوابُ . وأطْلَقَهما الحارِثِىُّ .

(١) فى ط : « أخذها » .

المقنع وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَجْهُولِ ؛ كَعَبْدٍ ، وَشَاةٍ ، وَيُعْطَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الاسْمُ .

الشرح الكبير **٢٧١٣** - مسألة : (وتَصِحُّ الوصيةُ بالمَجْهُولِ ؛ كعَبْدٍ ، وشاةٍ) لأنَّ الوصيةَ تَصِحُّ بالمَعْدُومِ ، فالمَجْهُولُ بطَرِيقِ الأَوْلَى ، ولأنَّ المَجْهُولَ يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، فصَحَّتِ الوصيةُ به ، كالمَعْلُومِ . ويُعْطِيه الورثةُ ما شاءُوا ممّا يَقَعُ عليه الاسْمُ ؛ لأنه اليَقِينُ ، كما لو أقَرَّ له بعَبْدٍ ، فإن لم يَكُنْ له عَبِيدٌ اشْتُرِيَ له ما يُسَمَّى عبدًا ، وإن كان له عَبِيدٌ أعْطاه الورثةُ ما شاءُوا ؛ لِما ذَكَرْنا . وقال القاضى : يُعْطِيه الورثةُ ما شاءُوا مِن ذَكَرٍ أو أُنْثَى . [١٩٣/٥ ظ] قال شيخُنا[1] : والصَّحِيحُ عِنْدِى أنَّه لا يَسْتَحِقُّ إلَّا ذَكَرًا ؛ فإنَّ اللهَ تعالى فَرَّقَ بينَ العَبِيدِ والإِماءِ بقَوْلِه سبحانه : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِن عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾[2] . والمَعْطُوفُ يُغايِرُ

الإنصاف **تنبيه** : أفادَنا المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ تعالى ، بقَوْلِه : وتصِحُّ بما فيه نفْعٌ مُباحٌ ، كالزَّيْتِ النَّجِسِ . أنَّ ذلك على القولِ بجوازِ الاسْتِصْباحِ به[3] . وهو المذهبُ ، على ما تقدَّم فى كتابِ البَيْعِ . أمَّا على القولِ بعدَمِ الجوازِ ، فما فيه نفْعٌ مُباحٌ ، فلا تصِحُّ الوَصِيَّةُ به . وهو صحيحٌ . صرَّح به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وظاهِرُ كلامِه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » الإطْلاقُ ، وإنَّما جعَل التَّقْييدَ بما قال المُصَنِّفُ مِن عندِه .

قوله : وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ بالمَجْهُولِ ؛ كعَبْدٍ وشاةٍ - بلا نِزاعٍ - ويُعْطَى ما يقَعُ

---

(١) فى : المغنى ٥٦٦/٨ ، ٥٦٧ .

(٢) سورة النور ٣٢ .

(٣) زيادة من : ا .

المقنع

فَإنِ اخْتَلَفَ الِاسْمُ بِالْحَقِيقَةِ وَالْعُرْفِ ؛ كَالشَّاةِ فِي الْعُرْفِ لِلأُنْثَى ، وَالْبَعِيرُ وَالثَّوْرُ هُوَ فِي الْعُرْفِ لِلذَّكَرِ وَحْدَهُ ، وَفِي الْحَقِيقَةِ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ، غُلِّبَ الْعُرْفُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : تُغَلَّبُ الْحَقِيقَةُ .

الشرح الكبير

المَعْطُوفَ عليه ظاهِرًا ، ولأنَّه فى العُرْفِ كذلك ، فإنَّه لا يُفْهَمُ مِن إطْلاقِ اسمِ العَبْدِ إلَّا الذَّكَرُ . و(1)لو وَكَّلَه فى شِراءِ عبدٍ لم يكنْ له شِراءُ أمَةٍ ، وإن وَصَّى له بأمَةٍ لم يكنْ له أن يُعْطِيَه إلَّا أُنْثَى . وليس له أن يُعْطِيَه خُنْثَى مُشْكِلًا ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ كَوْنُه ذَكَرًا ولا أُنْثَى . وإن وَصَّى له بواحِدٍ مِن رَقِيقِه ، أو برأسٍ ممّا مَلَكَتْ يَمِينُه ، دَخَل فى وصيتِه الذَّكَرُ والأُنْثَى والخُنْثَى .

٢٧١٤ – مسألة : (فإنِ اخْتَلَفَ الاسمُ بالحَقِيقَةِ والعُرْفِ ، كالشّاةِ فى العُرْفِ) اسمٌ (للأُنْثَى ، والبَعِيرُ والثَّوْرُ اسْمٌ للذَّكَرِ ، غُلِّبَ العُرْفُ) فى اخْتِيارِ شيخِنا ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّ المُتَكَلِّمَ إنَّما يَتَكَلَّمُ بعُرْفِه ، ولا يُرِيدُ إلَّا ما يَفْهَمُه أهْلُ بَلَدِه (وقال أصحابُنا : تُغَلَّبُ الحقيقةُ) ولهذا يُحْمَلُ عليه كلامُ اللهِ تعالى وكلامُ رسولِه . فعلى هذا ، إذا وَصَّى له بشاةٍ ، يَتناوَلُ الضَّأْنَ

الإنصاف

عليه الاسمُ ، فإنِ اخْتَلَفَ الاسمُ بالحَقِيقَةِ والعُرْفِ ، كالشَّاةِ ، هى فى العُرْفِ للأُنْثَى – يعْنى ، الأُنْثَى الكَبِيرَةَ – والبَعِيرِ والثَّوْرِ ، هو فى العُرْفِ للذَّكَرِ – يعْنِى ، الذَّكَرَ الكبيرَ – وَحْدَه ، وفى الحَقِيقَةِ للذَّكَرِ والأُنْثَى ، غُلِّبَ العُرْفُ . هذا اخْتِيارُ المُصَنِّفِ . وصحَّحه النَّاظِمُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّم فى « الرِّعايتَيْن » أنَّ الشَّاةَ للأُنْثَى . وجزَم به فى « التَّبْصِرَةِ » ، فى البَعِيرِ والثَّوْرِ . وقال المُصَنِّفُ : العَبْدُ للذَّكَرِ المَعْروفِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، فى بابِ الوَقْفِ ، والحارِثِيُّ هنا . وعندَ

---

(1) فى م : « فإنه » .

الشرح الكبير

والمَعْزَ . قال أصحابُنا : ويتناولُ الصَّغيرَةَ والكَبيرَةَ ، (١)والذَّكَرَ(١) والأُنْثَى ؛ لأنَّ اسْمَ الشّاةِ يتناولُ جَميعَ ذلك ؛ بدَليلِ قولِ النبيِّ ﷺ : « فِي أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةٌ »(٢) . يُرِيدُ الذُّكُورَ والإناثَ ، والصِّغارَ والكِبارَ . وقال شيخُنا(٣) : لا يَتناوَلُ إلَّا أُنْثَى كَبيرةً ، إلَّا أن يكونَ فى عُرْفِهم فى بَلَدٍ يَتناوَلُ ذلك ، فأمّا مَن لا يَتناوَلُ عُرْفُهم إلَّا الإناثَ ، فإن وَصِيَّته لا تَتناوَلُ إلَّا ما يُسَمَّى فى عُرْفِهم ؛ لِما ذَكَرْنا . والكَبْشُ الذَّكَرُ الكَبيرُ مِن الضَّأْنِ . والتَّيْسُ لا يَقَعُ إلَّا على الذَّكَرِ الكَبيرِ مِن المَعْزِ . فإن وَصَّى بعَشْرَةٍ مِن الغَنَمِ ، تَناوَلَ عَشْرَةً مِن الذُّكُورِ والإناثِ ، والصِّغارِ والكِبارِ .

فصل : وإن وَصَّى بجَمَلٍ ، فهو الذَّكَرُ ، وإن وَصَّى بناقةٍ ، فهى الأُنْثَى . وإن قال : عَشَرَةٌ مِن إبلى . وَقَع على الذَّكَرِ والأُنْثَى جَميعًا . ويَحْتَمِلُ أنَّه إن قال : عَشَرَةٌ . بالهاءِ ، فهى للذُّكُورِ . وإن قال : عَشْرٌ .

الإنصاف

القاضى وغيرِه ، لا يُشْتَرَطُ كوْنُه ذَكَرًا . وقال فى « الفُروعِ » ، فى الوَقْفِ ، فيما إذا أَوْصَى بعَبْدٍ : فى إجْزاءِ خُنْثَى غيرِ مُشْكِلٍ وَجْهان . جزَم الحارِثِيُّ أنَّه لا يدْخُلُ فى مُطْلَقِ العَبْدِ . وقال أصحابُنا : تُغَلَّبُ الحَقِيقةُ . وهو المذهبُ . فيَتَناولُ الذُّكورَ والإناثَ ، والصِّغارَ والكِبارَ . وأطْلَقَ فى « الشَّرْحِ » ، فى البَعيرِ وَجْهَيْن . وقال القاضى فى « الخِلافِ » : الشَّاةُ [٢٧٣/٢ظ] اسْمٌ لجنْسِ الغَنَمِ ، يَتَناوَلُ الصِّغارَ والكِبارَ .

(١ - ١) سقط من : م .
(٢) تقدم تخريجه فى ٣١٦/٦ .
(٣) فى : المغنى ٥٦٧/٨ .

المقنع

وَالدَّابَّةُ اسْمٌ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ .

الشرح الكبير

فهو للإناثِ . وكذلك الغَنَمُ ؛ لأنَّ العَدَدَ فى العَشَرَةِ مِن الثلاثةِ إلى العَشَرَةِ للذُّكورِ بالْهاءِ ، وللمُؤَنَّثِ بغيرِها ، قال اللهُ تعالى : ﴿ سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَـٰنِيَةَ أَيَّامٍ ﴾[1] . وإن وَصَّى ببَعِيرٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، هو للذَّكَرِ وَحْدَه ؛ لأنَّه فى العُرْفِ اسْمٌ له . والثانى ، هو للذَّكَرِ والأُنْثَى ؛ لأنَّه يَتَناوَلُهما جَمِيعًا فى لسانِ العَرَبِ ، فيقولُ : حَلَبْتُ البَعِيرَ . يُرِيدُ النّاقَةَ ، والجَمَلُ فى لِسانِهم كالرجلِ مِن بنى آدَمَ ، والنّاقَةُ كالمَرأةِ ، والبَكْرَةُ كالفتاةِ . وكذلك [١٩٤/٥ و] القَلُوصُ والبَعِيرُ كالإِنسانِ . وإن وَصَّى له بثَوْرٍ ، فهو ذَكَرٌ ، وإن وَصَّى ببقرةٍ ، فهى أُنْثَى .

٢٧١٥ – مسألة : (والدّابّةُ اسْمٌ للذَّكَرِ والأُنْثَى مِن الخَيْلِ والبغالِ والحَمِيرِ) لأنَّ الاسْمَ فى العُرْفِ يَقَعُ على جَمِيعِ ذلك . فإن قَرَن به ما يَصْرِفُه إلى أحَدِها ، كقَوْلِه : دابَّةٌ يُقاتِلُ عليها . انْصَرَفَ إلى الخَيْلِ . وإن قال : دابَّةٌ يَنْتَفِعُ بظَهْرِها ونَسْلِها . خَرَج منه البِغالُ وخَرَج منه الذَّكَرُ . وإن وَصَّى له بحمارٍ ، فهو ذَكَرٌ ، والأَتانُ أُنْثَى . وإن وَصَّى بحِصانٍ فهو ذَكَرٌ ، والفَرَسُ يَتَناوَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى .

الإنصاف

قوله : والدَّابَّةُ اسْمٌ للذَّكَرِ والأُنْثَى مِنَ الخَيْلِ والبِغالِ والحَمِيرِ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأَصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . فتَتَقَيَّدُ يمِينُ مَن حَلَف لا يرْكَبُ دابَّةً

---

(١) سورة الحاقة ٧ .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ ، صَحَّ ، وَيُعْطِيهِ الْوَرَثَةُ مَا شَاءُوا مِنْهُمْ فِى ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَقَالَ الْخِرَقِىُّ : يُعْطَى وَاحِدًا بِالْقُرْعَةِ .

الشرح الكبير

٢٧١٦ – مسألة : (وإن وَصَّى له بغيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كعَبْدٍ مِن عَبِيدِه ، صَحَّ ، ويُعْطِيه الوَرَثَةُ ما شاءُوا) الوصيةُ بغيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كعَبْدٍ مِن عَبيدِه ، وشاةٍ مِن غنَمِه ، صَحيحَةٌ . وقد ذَكَرْنا صحةَ الوصيةِ بالمَجْهولِ فيما

الإنصاف

بها . وفى « التَّرْغيبِ » وَجْهٌ فى وَصِيَّةٍ بدابَّةٍ ، يُرْجَعُ إلى عُرْفِ البَلَدِ . وذكَر أبو الخَطَّابِ فى « التَّمْهيدِ » ، فى الحَقيقَةِ العُرْفِيَّةِ ، أنَّ الدَّابَّةَ اسْمٌ للفَرَسِ عُرْفًا ، وعندَ الإطْلاقِ ، ينْصَرِفُ إليه . وذكَرَه فى « الفُنونِ » ، عن أُصُولِىٍّ ، يعْنِى نَفْسَه ، قال : لأنَّ لها نَوْعَ قُوَّةٍ مِنَ الدَّبِيبِ ، ولأنَّه ذو كَرٍّ وفَرٍّ .

فوائد ؛ الحِصانُ والجَمَلُ والحِمارُ ، للذَّكَرِ . والنَّاقَةُ والبَقَرَةُ والحِجْرَةُ[1] والأَتانُ ، للأُنْثَى . وأمَّا الفَرَسُ ، فللذَّكَرِ والأُنْثَى . قال فى « الفائقِ » : قلتُ : والبَغْلُ للذَّكَرِ ، والبَغْلَةُ تحْتَمِلُ وَجْهَيْن . انتهى . ولو قال : عشَرَةً مِن إبِلِى وغَنَمِى . فهو للذَّكَرِ والأُنْثَى . على الصَّحيحِ . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : يَحْتَمِلُ أنَّه إنْ قال : عَشَرَةً . بالهاءِ ، فهو للذُّكورِ ، وبعَدَمِها للإناثِ . والرَّقيقُ للذَّكَرِ والأُنْثَى والخُنْثَى .

قوله : وإنْ وَصَّى له بغيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كعَبْدٍ مِن عَبِيدِه ، صَحَّ ، ويُعْطِيه الوَرَثَةُ ما شاءُوا منهم . فى ظاهِرِ كَلامِه . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن . ونصَّ عليه ، فى رِوايَةِ ابنِ

---

(١) كذا فى النسخ ، وهى « الحِجْر » ؛ الفرس الأنثى . قال صاحب اللسان : لم يدخلوا فيه الهاء لأنه اسم لا يشركها فيه المذكر . اللسان (ح ج ر) .

الشرح الكبير

مَضَى . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ . واخْتَلَفَتِ الروايةُ فيما يَسْتَحِقُّه المُوصَى له ، فرُوِىَ أنَّه يَسْتَحِقُّ أحَدَهم بالقُرْعَةِ . اخْتارَها الخِرَقِىُّ . ونَقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، أنَّه يُعْطَى أخَسَّهم . يَعْنِى يُعْطِيه الورثةُ ما أحَبُّوا . وهو قولُ الشافعىِّ . وقال مالكٌ قولًا يَقْتَضِى أنَّه إذا وَصَّى بعَبْدٍ وله ثلاثةُ أعْبُدٍ فله ثُلُثُهم ، وإن كانوا أربعةً فله رُبْعُهم ، فإنَّه قال : إذا وَصَّى بعَشْرٍ مِن إبِلِه ، وهى مائةٌ ، يُعْطَى عُشْرَها ، والنَّخْلُ والرَّقِيقُ والدَّوابُّ على ذلك . والصحيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى ، أنَّه يُعْطَى عَشَرَةً بالعَدَدِ ؛ لأنَّه الذى تناوَلَه لَفظُه ، ولَفْظُه هو المُقْتَضِى ، فلا يُعْدَلُ عنه ، لكنْ يُعْطَى واحِدًا بالقُرْعَةِ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ واحِدًا غيرَ مُعَيَّنٍ ، وليس واحِدٌ بأوْلَى مِن واحِدٍ ، فوَجَبَ المَصِيرُ إلى القُرْعَةِ ، كما لو أعْتَقَ واحِدًا منهم . وعلى ما نَقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ ، يُعْطِيه الوَرَثَةُ ما شاءُوا ؛ مِن صحيحٍ أو مَعِيبٍ ، جَيِّدٍ أو رَدِىءٍ ؛ لأنَّه يَتناوَلُه اسْمُ العَبْدِ ، فأجْزَأ ، كما لو وَصَّى له بعَبْدٍ و لم يُضِفْه إلى عَبِيدِه .

الإنصاف

مَنْصُورٍ ، وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ فى « خِلافَيْهِما » ، والشِّيرازِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقال الخِرَقِىُّ : يُعْطَى واحدًا بالقُرْعَةِ . وهو روايَةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . اخْتارَه ابنُ أبى مُوسى ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : هاتان الرِّوايتان فى كُلِّ لَفْظٍ احْتَمَلَ مَعْنَيَيْن ، قال : ويَحْتَمِلُ حَمْلَه على ظاهِرِهما .

فائدة : قال القاضى ، فى هذه المَسْألَةِ : يُعْطِيه الوَرَثَةُ ما شاءُوا مِن عَبْدٍ أو

المقنع

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَبِيدٌ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَتَصِحُّ فِى الْآخَرِ ، وَيُشْتَرَى لَهُ مَا يُسَمَّى عَبْدًا .

الشرح الكبير

٢٧١٧ – مسألة : (وإن لم يكنْ له عَبِيدٌ ، لم تَصِحَّ الوصيةُ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن) لأنَّه أوْصَى له بلا شىءٍ ، فهو كما لو قال : أوْصَيْتُ لك بما فى كِيسى . ولا شىءَ فيه . أو : بدَارِى . ولا دارَ له . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْن . فإنِ اشْتَرَى قبلَ مَوْتِه عَبِيدًا ، احْتَمَلَ أن لا تَصِحَّ الوصيةُ ؛ لأنَّها وَقَعَتْ باطِلَةً ، فهو كما لو قال : أوْصَيْتُ لك بما فى كِيسِى . ولا شىءَ فيه ثم جَعَل فى كِيسِه شيئًا ، ولأنَّ الوصيةَ تَقْتَضِى عَبْدًا مِن المَوْجُودِين حالَ الوصيةِ . وقد رَوَى ابنُ مَنْصُورٍ ، عن أحمدَ ، فى مَن قال فى مَرَضِه : أعْطُوا فلانًا مِن كِيسِى مائةَ دِرْهَمٍ . فلم يُوجَدْ فى كِيسِه شىءٌ : يُعْطَى مائةَ دِرْهَمٍ . فلم يُبْطِلِ الوصيةَ ؛ لأنَّه [٥/١٩٤ ظ] قَصَد إعْطاءَه مائةَ درهمٍ ،

الإنصاف

أَمَةٍ . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . وقال المُصَنِّفُ : الصَّحيحُ عندِى ، أنَّه لا يسْتَحِقُّ إلَّا ذكَرًا . وظاهِرُ « النَّظْمِ » الإطْلاقُ .

قوله : فإنْ لم يَكُنْ له عَبِيدٌ ، لم تصِحَّ الوَصِيَّةُ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قال الحارِثِىُّ : المذهبُ البُطْلانُ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وتصِحُّ فى الآخَرِ ، ويُشْتَرَى له ما يُسَمَّى عبْدًا . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » . فعلى المذهبِ ، لو مَلَك عَبِيدًا قبلَ مَوْتِه ، فهل تصِحُّ الوَصِيَّةُ ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ؛ أحدُهما ، تصِحُّ . وهو

المقنع

وَإِنْ كَانَ لَهُ عَبِيدٌ فَمَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا ، تعيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ . وَإِنْ قُتِلُوا كُلُّهُمْ ، فَلَهُ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ عَلَى قَاتِلِهِ .

الشرح الكبير

وظَنَّها فى الكِيس ، فإذا لم تكنْ له فى الكِيس ، أُعْطِىَ مِن غيرِه . فكذلك يُخرَّجُ فى الوصيةِ بعَبْدٍ مِن عَبِيدِه إذا لم يكنْ له عَبِيدٌ ، يُشْتَرَى له عَبْدٌ ويُعْطاهُ . وهذا الوَجْهُ الثانى . ووَجْهُه أنَّه لَمّا تعَذَّرَتِ الصِّفَةُ ، بَقِىَ أصْلُ الوصيةِ ، فأشْبَهَ ما لو وَصَّى له بألْفٍ لا يَمْلِكُه ثم مَلَكه .

٢٧١٨ – مسألة : (فإن كان له عَبِيدٌ فماتوا إلَّا واحِدًا ، تَعَيَّنَتِ الوصيةُ فيه) وكذلك إن لم يكنْ له إلَّا عَبْدٌ واحِدٌ ؛ لتَعَذُّرِ تَسْلِيمِ الباقِى . وإن تَلِف رَقِيقُه جَمِيعُهم قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، بَطَلَتِ الوصيةُ ؛ لأنَّها إنَّما تَلْزَمُ بالمَوْتِ ، ولا عَبِيدَ له حِينَئِذٍ . وإن تَلِفُوا بعدَ مَوْتِه بغيرِ تَفْرِيطٍ مِن الورثةِ ، بَطَلَتْ أيضًا ؛ لأنَّ التَّرِكَةَ عندَ الورثةِ غيرُ مَضْمُونةٍ ؛ لأنَّها

الإنصاف

الصَّحيحُ ، جزَم به فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . والثَّانى ، لا تصِحُّ ، كمَن وَصَّى لعَمْرٍو بعبدِ زَيْدٍ ، ثم مَلَكه .

فائدة : لو وَصَّى بأنْ يُعْطَى مِائَةً مِن أحَدِ كِيسَىَّ ، فلم يُوجَدْ فيهما شىءٌ ، اسْتَحَقَّ مِائَةً على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . قال فى « الفُروعِ » : اسْتَحَقَّ مِائَةً على المَنْصوصِ . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به الحارِثِىُّ . وقيل : لا يسْتَحِقُّ شيئًا .

قوله : وإنْ كان له عَبِيدٌ فماتوا إلَّا واحِدًا ، تَعَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فيه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ،

المقنع وَإنْ وَصَّى لَهُ بِقَوْسٍ ، وَلَهُ أَقْوَاسٌ لِلرَّمْيِ وَالْبُنْدُقِ وَالنَّدْفِ ، فَلَهُ قَوْسُ النُّشَّابِ ؛ لِأَنَّهُ أَظْهَرُهَا ، إِلَّا أَنْ تَقْتَرِنَ بِهِ قَرِينَةٌ تَصْرِفُهُ إِلَى

الشرح الكبير حَصَلَتْ فى أيْدِيهم بغيرِ فِعْلِهم . وإن قَتَلَهم قاتِلٌ ، فللمُوصَى له قِيمَةُ أحَدِهم ، مَبْنِيًّا على الرِّوايَتَيْن فى مَن يَسْتَحِقُّه منهم فى الحَياةِ ، إمّا قِيمَةُ أحَدِهِم بالقُرْعَةِ ، أو قِيمَةُ مَن يَخْتارُه الورثةُ ؛ لأنّه بَدَلٌ عمّا وَجَب له .

٢٧١٩ – مسألة : (وإن وَصَّى له بقَوْسٍ ، وله أقْواسٌ للرَّمْىِ والبُنْدُقِ والنَّدْفِ[1] ، فله قَوْسُ النُّشّابِ ؛ لأنَّه أظْهَرُها ، إلَّا أن تَقْتَرِنَ به

الإنصاف و « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقيل : يَتَعَيَّنُ بالقُرْعَةِ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : ويتوَجَّهُ أنْ يُقْرَعَ بينَ الحَىِّ والمَيْتِ .

فائدة : لو لم يَكُنْ له إلَّا عَبْدٌ واحدٌ ، صحَّتْ ، وتَعَيَّنَتْ فيه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم . وقال الحارِثِىُّ : قِياسُ المذهبِ بُطْلانُ الوَصِيَّةِ . ولو تَلِفَ رَقِيقُه كُلُّهم قبلَ موتِ المُوصِى ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، ولو تَلِفُوا بعدَ مَوْتِه مِن غيرِ تفْرِيطٍ ، فكذلك .

قوله : وإنْ قُتِلُوا كُلُّهم ، فله قِيمَةُ أحَدِهم على قاتِله . إمَّا بالقُرْعَةِ أو باخْتِيارِ الوَرَثَةِ ، على الخِلافِ المُتقَدِّمِ . قالَه الأصحابُ . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وإنْ قُتِلُوا فى حَياتِه ، بَطَلَتْ ، وإنْ قُتِلُوا بعدَ مَوْتِه ، أُخِذَتْ قِيمَةُ عَبْدٍ مِن قاتِله . وقالَه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . فيُحْمَلُ كلامُ المُصَنِّفِ على ذلك .

قوله : وإنْ وَصَّى له بِقَوْسٍ ، وله أقْواسٌ للرَّمْىِ والبُنْدُقِ والنَّدْفِ ، فله قَوْسُ

---

(١) الندف : طرق القطن بالمِندف ليرق .

المقنع [١٦٥ظ] غَيْرِهِ . وَعِنْدَ أَبِى الْخَطَّابِ ، لَهُ واحِدٌ مِنْهَا ، كَالْوَصِيَّةِ بِعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ .

الشرح الكبير

قَرِينَةٌ تَصْرِفُه إلى غيرِه وعندَ أبى الخَطّابِ ، له أحَدُهم) بالقُرْعَةِ (كالوصيةِ بعَبْدٍ مِن عَبِيدِهِ) إذا وَصَّى له بقَوْسٍ ، صَحَّتِ الوصيةُ ؛ لأنَّ فيه مَنْفَعَةً مُباحَةً ، سواءٌ كان قَوْسَ نُشّابٍ ، وهو الفارِسِيُّ ، أو نَبْلٍ ، وهو العَرَبِىُّ ، أو قَوْسًا بمَجْرَى [1] ، أو قَوْسَ جُوخٍ [2] ، أو نَدْفٍ ، أو بُنْدُقٍ . فإن لم يكنْ له إلَّا قَوْسٌ واحِدٌ مِن هذه القِسِىِّ ، تَعَيَّنَتِ الوصيةُ فيه . وإن كانت له جَمِيعُها ، وكان فى لَفْظِه أو حالِه قَرِينَةٌ تَصْرِفُه إلى أحَدِها ، انْصَرَفَ إليه ، مثلَ أن يقولَ : قوسٌ يَنْدِفُ به . أو : يَتَعَيَّشُ به . أو نحوَ ذلك ، فهذا يَصْرِفُه إلى قَوْسِ النَّدْفِ . وإن قال : قَوْسٌ يَغْزُو به . خَرَجَ منه قَوْسُ النَّدْفِ والبُنْدُقِ . وإن كان المُوصَى له نَدّافًا لا عَادَةَ له بالرَّمْىِ ، أو بُنْدُقانِيًّا

الإنصاف

النُّشّابِ ؛ لأنَّه أظْهَرُها ، إلَّا أن تقْتَرِنَ به قَرِينَةٌ تصْرِفُه إلى غيرِه . هذا المذهبُ . صحَّحه المُصَنِّفُ وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو الأصحُّ . وعندَ أبى الخَطَّابِ ، له واحِدٌ منها ، كالوَصِيَّةِ بعَبْدٍ مِن عبيدِه . واخْتارَه فى « الهِدايَةِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » . وقيل : له واحدٌ منها غيرُ قَوْسِ البُنْدُقِ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفائقِ » . وقيل : له ما يُرْمَى به عادَةً . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : فله قَوْسُ النُّشّابِ .

---

(١) بمجرى : أن يوضع فى مجراه السهم ، فيخرج من المجرى .

(٢) فى م : « جرح » .

الشرح الكبير

لا عادَةَ له بالرَّمْيِ بشيءٍ سِواه ، أو يَرْمِي بقَوْسِ غيرِه ولا يرَمِى بسِواه ، انْصَرَفَتِ الوصيةُ إلى القَوْسِ الذى يَسْتَعْمِلُه عادةً ؛ لأنَّ ظاهِرَ حالِ المُوصِى أنَّه قَصَد نَفْعَه بما جَرَتْ عادَتُه بالانْتِفاعِ به . فإنِ انْتَفَتِ القَرائِنُ ، فاخْتارَ أبو الخَطّابِ أنَّه يَأْخُذُ أحدَها بالقُرْعَةِ ، كالوصيةِ بعبدٍ مِن عَبِيدِه ، أو يُعْطِيه الورثةُ ما يَخْتارُونَه ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَتناوَلُ جَميعَها . قال شيخُنا[1] : والصحيحُ أنَّ وصيتَه لا تَتناوَلُ [٥/١٩٥ و] قَوْسَ النَّدْفِ ، ولا البُنْدُقِ ، ولا العَرَبيَّةَ فى بَلَدٍ لا عادَةَ لهم بالرَّمىِ بها . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ، إلا أنَّه لم يَذْكُرِ العربيَّةَ . ويَكونُ له واحدٌ ممّا عدا هذه ؛ لأنَّ هذه لا يُطْلَقُ عليها اسمُ القَوْسِ فى العادَةِ مِن غيرِ أهْلِها حتى يُضِيفَها فيقولَ : قَوْسُ القُطْنِ ،

الإنصاف

وقيل : والنَّبْلِ . قال فى « المُذْهَبِ » : فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تنْصَرِفُ الوَصِيَّةُ إلى قَوْسِ النُّشّابِ والنَّبْلِ ، على قَوْلِ القاضى .

فوائد ؛ إحْداها ، يُعْطَى قَوْسًا معْمُولَةً بغيرِ وَتَرٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . [٢/٢٧٤و] قال الحارِثِىُّ : وهو الأظْهَرُ . وقيل : يُعْطَى قَوْسًا مع وَتَرِه . جزَم به فى « التَّرْغيبِ » ، وبه جزَم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . قالَه الحارِثِىُّ . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . الثَّانيةُ ، قَوْسُ النُّشّابِ ، هو الفارِسِىُّ . وقَوْسُ النَّبْلِ ، هو العَرَبِىُّ . وقوْسُ جُوخٍ [2]وقَوْسٌ بمَجْرَى[2] وهو الذى يُوضَعُ

(١) فى : المغنى ٨/٥٧٠ ، ٥٧١ .

(٢ - ٢) سقط من : ط .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِكَلْبٍ أَوْ طَبْلٍ ، وَلَهُ مِنْهَا مُبَاحٌ وَمُحَرَّمٌ ، انْصَرَفَ إِلَى الْمُبَاحِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مُحَرَّمٌ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ .

الشرح الكبير

أو النَّدْفِ ، أو البُنْدُقِ . وأما العربيةُ فلا يَتعارَفُها غيرُ طائِفَةٍ مِن العَرَبِ ، فلا يَخْطُرُ ببالِ المُوصِى غالِبًا ، ويُعْطَى القَوْسَ مَعْمُولَةً ؛ لأنَّها لا تُسَمَّى قَوْسًا إلَّا كذلك . ولا يَسْتَحِقُّ وتَرَها ؛ لأنَّ الاسمَ يَقَعُ عليها دُونَه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يُعْطاها بوَتَرِها ؛ لأنَّها لا يُنْتَفَعُ بها إلَّا به ، فكان كجُزْءٍ مِن أجْزائِها .

٢٧٢٠ – مسألة : وإن وَصَّى له بطَبْلِ حَرْبٍ ، صَحَّتِ الوصيةُ به ؛ لأنَّ فيه مَنْفَعَةً مُباحَةً . وإن كان بطَبْلِ لَهْوٍ لا يَصْلُحُ إلَّا للَّهْوِ ، لم تَصِحَّ ؛ لعَدَمِ المَنْفَعَةِ المُباحَةِ . فإن كان إذا فُصِلَ صَلَح للحَرْبِ ، لم تَصِحَّ الوصيةُ به أيضًا ؛ لأنَّ مَنْفَعَتَه فى الحالِ مَعْدُومَةٌ . فإن كان يَصْلُحُ لهما ، صَحَّتِ الوصيةُ به ؛ لأنَّ المَنْفَعَةَ قائِمةٌ به . وإن وَصَّى له بطَبْلٍ ، وأطْلَقَ ، وله طَبْلانِ تَصِحُّ الوصيةُ بأحَدِهما دُونَ الآخَرِ ، انْصَرَفَتِ الوصيةُ إلى الطَّبْلِ

الإنصاف

فى مَجْراه السَّهْمُ ، فيَخْرُجُ مِنَ المَجْرَى . وقَوْسُ البُنْدُقِ ؛ هو قَوْسُ جُلاهِقٍ . الثَّالثةُ ، لو كان له أقْواسٌ مِن جِنْسٍ ، أو قَوْسُ نُشَّابٍ ونَبْلٍ ، وقُلْنا : يُعْطَى مِن كُلٍّ منهما ، أُعْطِىَ أحدَها بالقُرْعَةِ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : بل برِضا الوَرَثَةِ .

قوله : وإنْ وَصَّى له بكَلْبٍ ، أو طَبْلٍ ، وله منها مُباحٌ ومُحَرَّمٌ ، انْصَرَفَ إلى المُباحِ ، وإنْ لم يكُنْ له إلَّا مُحَرَّمٌ ، لم تصِحَّ الوَصِيَّةُ . بلا نِزاعٍ فى ذلك . وتقدَّم حُكْمُ ما إذا تعَدَّدَتِ الكِلابُ قريبًا .

المقنع

وَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ فِيمَا عَلِمَ مِنْ مَالِهِ وَمَا لَمْ يَعْلَمْ .

الشرح الكبير

المُباحِ . فإن كان له طُبُولٌ تَصِحُّ الوصيةُ بجَمِيعِها ، فله أحَدُها بالقُرْعَةِ ، أو ما شاء الوَرَثةُ ، على اخْتِلافِ الروايَتَيْن . وإن وَصَّى بدُفٍّ ، صَحَّتِ الوصيةُ به ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال : « أَعْلِنُوا النِّكَاحَ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْه بالدُّفِّ »[1] . ولا تَصِحُّ الوصيةُ بمِزْمارٍ ، ولا طُنْبُورٍ ، ولا عُودِ لَهْوٍ ؛ لأنَّها مُحَرَّمةٌ ، وسَواءٌ كانت فيها الأوْتَارُ أو لم تكُنْ ؛ لأنَّها مُهَيَّأةٌ لفِعْلِ المَعْصِيَةِ ، فأشْبَهَ ما لو كانت فيه الأوْتارُ .

٢٧٢١ – مسألة : (وتَنْفُذُ الوصيةُ فيما عَلِم مِن مالِه أو لم يَعْلَمْ) وقال مالكٌ : لا تَنْفُذُ إلَّا فيما عَلِم . وحُكِيَ ذلك عن أبانَ بن عُثْمانَ ، وعُمَرَ بن عبدِ العزيزِ ، ورَبيعَةَ ، ومالكٍ إلَّا فى المُدَبَّرِ ، فإنَّه يَدْخُلُ فى كلِّ شيءٍ . ولَنا ، أنَّه مِن مالِه فدَخَلَ فى وصيتِه ، كالمَعْلُومِ ، ولأنَّ الوصيةَ بجُزْءٍ مِن مالِه لَفْظٌ عامٌّ ، فيَدْخُلُ فيه ما لم يَعْلَمْ به مِن مالِه ، كما لو نَذَر الصدقةَ بثُلُثِه .

الإنصاف

قوله : وتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فيما عَلِمَ مِن مالِه وما لم يَعْلَمْ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما ، ولا أعْلَمُ فيها خِلافًا .

(١) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤/٣٠٨ . وابن ماجه ، فى : باب إعلان النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦١١ . عن عائشة ، وقال فى الزوائد : فى إسناده خالد بن إلياس أبو الهيثم العدوى ، اتفقوا على ضعفه ، بل نسبه ابن حبان والحاكم وأبو سعيد النقاش إلى الوضع . وأخرج الجزء الأول الإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٥ من حديث عبد الله بن الزبير مرفوعا بسند حسن . انظر تلخيص الحبير ٤/٢٠١ ، ٢٠٢ ، وإرواء الغليل ٧/٥٠ .

المقنع

وَإِذَا أَوْصَى بِثُلُثِهِ فَاسْتَحْدَثَ مَالًا ، دَخَلَ ثُلُثُهُ فِي الْوَصِيَّةِ .

الشرح الكبير

٢٧٢٢ – مسألة : (وإن وَصَّى بثُلُثِه فاسْتَحْدَثَ مالًا ، دَخَل ثُلُثُه فى الوصيةِ) فى قولِ أكْثَرِ أهلِ العِلْمِ . ولا فَرْقَ عندَهم بينَ التِّلادِ[1] والمُسْتَفادِ ، فى أنه يُعْتَبرُ ثُلُثُ الجَمِيعِ . ومِمَّن قال ذلك ؛ النَّخَعِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه مِن مالِه [١٩٥/٥ ظ] يَرِثُه وَرَثَتُه ، وتُقْضَى منه دُيُونُه ، أشْبَهَ ما مَلَكَه قبلَ الوصيةِ ، ولِما ذَكَرْنا فى التى قبلَها .

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى بثُلُثِه ، فاسْتَحْدَثَ مالًا ، دَخَلَ ثُلُثُه فى الوَصِيَّةِ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يدْخُلُ المُتَجَدِّدُ مع عِلْمِه به ، أو قولِه : بثُلُثِى يومَ أموتُ . وإلَّا فلا .

تنبيه : قد يدْخُلُ فى كلامِه ، لو نصَب أُحْبُولَةً قبلَ مَوْتِه[2] ، فوقَع فيها صيْدٌ بعدَ موْتِه ؛ فإنَّ الصَّيْدَ يكونُ للنَّاصبِ ، فيدْخُلُ ثُلُثُه فى الوَصِيَّةِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « الانْتِصارِ » وغيرِه : لا يدْخُلُ ، ويكونُ كلُّه للوَرَثَةِ . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايةِ » .

---

(١) التلاد : المال الأصلى القديم .

(٢) سقط من : ط .

المقنع

وَإِنْ قُتِلَ وَأُخِذَتْ دِيَتُهُ ، فَهَلْ تَدْخُلُ الدِّيَةُ فِى الْوَصِيَّةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٧٢٣ – مسألة : (وإن قُتِلَ وأُخِذَتْ دِيَتُه ، فهل تَدْخُلُ الدِّيَةُ فى الوصيةِ ؟ على رِوايَتَيْن) إحْداهما ، تَدْخُلُ . قال مُهَنَّا : رُوِىَ عن أحمدَ ، فى مَن أوْصَى بثُلُثِ مالِه أو جُزْءٍ مُشاعٍ ، فقُتِلَ المُوصِى وأُخِذَتْ دِيَتُه ، فقال : يَسْتَحِقُّ منها . ورُوِىَ عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى دِيَةِ الخَطَأ مثلُ ذلك . وهو قولُ الحسنِ ، ومالكٍ . والثانيةُ ، لا تَدْخُلُ فى وَصِيَّتِه . نَقَلَها ابنُ مَنْصُورٍ . ورُوِىَ ذلك عن مَكْحُولٍ ، وشَرِيكٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وداودَ . وهو قولُ إسحاقَ . وقاله مالكٌ فى دِيَةِ العَمْدِ ؛ لأنَّ الدِّيَةَ إنما تَجبُ للورثةِ بعدَ مَوْتِ المُوصِى ؛ لأنَّ سَبَبَها المَوْتُ ، فلا يجوزُ وُجُوبُها قبلَه ؛ لأنَّ الحُكْمَ لا يَتَقَدَّمُ سَبَبَه ، ولا يجوزُ أن تَجبَ للمَيِّتِ بعدَ مَوْتِه ؛ لأنَّه بالمَوْتِ تَزُولُ أمْلاكُه الثّابِتَةُ له ، فكيف يَتَجَدَّدُ له مِلْكٌ ! فلا تَدْخُل

الإنصاف

قوله : وإنْ قُتِلَ وأُخِذَتْ دِيَتُه ، فهل تدْخُلُ فى الوَصِيَّةِ ؟ على رِوايَتَيْن . وأطْلَقَهما الخِرَقِىُّ ، والزَّرْكَشِىُّ ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الهِدايَةِ » ، فى بابِ مِيراثِ القاتلِ ؛ إحْداهما ، تدْخُلُ ، فتكونُ مِن جُمْلَةِ التَّرِكَةِ . وهو المذهبُ . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : قد قَضَى النَّبِىُّ ﷺ أنَّ الدِّيَةَ مِيراثٌ[1] . واخْتارَه القاضى وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . قال فى « الخُلاصةِ » ، فى بابِ

---

(١) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٢٤ .

الشرح الكبير

فى الوصيةِ ؛ لأنَّ المَيِّتَ إنَّما يُوصِى بجُزْءٍ مِن مالِه لا بمالِ ورثتِه . ووَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى ، أنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ للمَيِّتِ ؛ لأنَّها بَدَلُ نَفْسِه ، ونَفْسُه له ، فكذلك بَدَلُها ، ولأنَّ بَدَلَ أطْرافِه فى حَياتِه له ، فكذلك بَدَلُ نَفْسِه بعدَ مَوْتِه ، ولذلك تُقْضَى منها دُيُونُه ، ويُجَهَّزُ منها إن كان قبلَ تَجْهِيزِه ، وإنَّما يَحُوزُ وَرَثَتُه مِن أمْلاكِه ما اسْتَغْنَى عنه ، فأمَّا ما تَعَلَّقَتْ به حاجَتُه فلا . ولأنَّه يجوزُ أن يَتَجَدَّدَ له مِلْكٌ بعدَ المَوْتِ ، كمَن نَصَب شَبَكَةً فسَقَطَ فيها شيءٌ بعدَ مَوْتِه ، فإنَّه يَمْلِكُه بحيثُ تُقْضَى منه دُيُونُه ، ويُجَهَّزُ ، فكذلك دِيَتُه ؛ لأنَّ تَنْفِيذَ وصيَّتِه مِن حاجَتِه ، فأشْبَهَت قَضاءَ دَيْنِه .

الإنصاف

مِيراثِ القاتلِ : وتُؤْخَذُ دُيونُ المَقْتولِ ووَصاياه مِن دِيَتِه على الأصحِّ . ويأْتِى كلامُه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى » ، و « الفائقِ » ، فى التى بعدَها ، ومالَ إليه الزَّرْكَشِىُّ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا تدْخُلُ ، فتكونُ للوَرَثَةِ خاصَّةً . وقيل : يُقْضَى منها الدَّيْنُ أيضًا . على الرِّوايَةِ الثَّانيةِ . وهو ظاهِرُ ما قطَع به المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، فإنَّهم قالوا ، على الرِّوايَةِ الثَّانيةِ : وكذلك يُقْضَى منها دُيونُه ، ويُجَهَّزُ منها . وطريقَةُ المَجْدِ ، وصاحِبِ « الفُروعِ » ، وغيرِهما ، أنَّ وَفاءَ الدَّيْنِ مَبْنِىٌّ على الرِّوايتَيْن ، إنْ قُلْنا : له . قُضِيَتْ دُيونُه ، وإنْ قُلْنا : للوَرَثَةِ . فلا ، وهو المذهبُ . وأمَّا تَجْهِيزُه ، فإنَّه منها ، بلا نِزاعٍ . ويأْتِى ما يُشابِهُ ذلك فى أثْناءِ بابِ العَفْوِ عن القِصاصِ .

تنبيه : مَبْنَى الخِلافِ هنا ، على أنَّ الدِّيَةَ تحْدُثُ على مِلْكِ المَيِّتِ ، أو على مِلْكِ الوَرَثَةِ ؟ فيه رِوايَتان . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها تحْدُثُ على مِلْكِ المَيِّتِ .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلِآخَرَ بِثُلُثِ الْوَرَثَةِ مِنَ الثُّلُثَيْنِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فَصْلٌ : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ الْمُفْرَدَةِ .

الشرح الكبير

٢٧٢٤ – مسألة : (فإن وَصَّى بمُعَيَّنٍ بقَدْرِ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فهل الدِّيَةُ على الورثةِ مِن الثُّلُثَيْن ؟ على وَجْهَيْن) بناءً على الرِّوايَتَيْن ؛ فعلى الرِّوايةِ الأُولَى ، تُحْسَبُ الدِّيَةُ مِن مالِه ، فإن كانت وصيتُه بقَدْرِ نِصْفِ الدِّيَةِ أو أقَلَّ منه ، نَفَذَتِ الوصيةُ ، وإلَّا أُخرِجَ منه قَدْرُ ثُلُثِها . وعلى الروايةِ الثانيةِ ، لا تُحْسَبُ الدِّيَةُ ، وتُخْرَجُ الوصيةُ مِن تِلادِ مالِه دُون دِيَتِه ، بِناءً على أنَّ الدِّيَةَ ليست مِن مالِه .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وتَصِحُّ الوصيةُ بالمَنْفَعةِ المُفْرَدَةِ) وتَصِحُّ بخِدْمةِ عَبْدٍ ، ومَنْفعةِ أمَةٍ ، وغَلَّةِ دارٍ ، وبثَمَرةِ بُسْتانٍ أو شَجَرَةٍ ، سواءٌ وَصَّى بذلك مُدَّةً مَعْلُومَةً ، أو بجَمِيعِ الثَّمرةِ والمَنْفَعَةِ

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى بمُعَيَّنٍ بقَدْرِ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فهل تُحْسَبُ الدِّيَةُ على الوَرَثَةِ ؟ على وَجْهَيْن . بِناءً على الرِّوايتَيْن المُتَقَدِّمَتَيْن . قالَه الشَّارِحُ ، وابنُ مُنَجَّى ، والحارِثِىُّ . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » : ودِيَةُ المَقْتولِ عمْدًا أو خَطَأً تَرِكَةٌ ، تُقْضَى منها دُيونُه ، وفى وَصِيَّتِه وَجْهان . ولو وَصَّى بمُعَيَّنٍ قَدْرِ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فالدِّيَةُ محْسوبَةٌ على الوَرَثَةِ مِن ثُلُثَيْه . وقيل : لا . وعنه ، دِيَتُه لهم ، فلا حقَّ فيها لوَصِيَّةٍ ولا دَيْنٍ . وقيل : يُقْضَى منها الدَّيْنُ فقط .

قوله : وتصِحُّ الوَصِيَّةُ بالمَنْفَعَةِ المُفْرَدَةِ ؛ فلَوْ وَصَّى لرَجُلٍ بمَنافِعِ أَمَتِه أَبَدًا ،

الشرح الكبير

فى الزَّمانِ كلِّه . وهذا قولُ الجُمْهُورِ ؛ منهم مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : لا [٥/١٩٦ و] تَصِحُّ الوصيةُ بالمَنْفَعةِ المُفْرَدَةِ ؛ لأنَّها مَعْدُومَةٌ . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ تَمْلِيكُها بعَقْدِ المُعاوَضَةِ ، فتَصِحُّ الوصيةُ بها ، كالأعْيانِ . ويُعْتَبَرُ خُرُوجُ ذلك مِن ثُلُثِ المالِ . نَصَّ عليه أحمدُ فى سُكْنَى الدّارِ . وهو قولُ مَن قال بصِحَّةِ الوصيةِ بها . وإن لم تَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ ، أُجِيزَ منها بقَدْرِ الثُّلُثِ . وقال مالكٌ : إذا وَصَّى بخِدْمَةِ عَبْدِه سَنَةً ، فلم تَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ ، فالورثةُ بالخِيَارِ بينَ تَسْليمِ خِدْمَتِه سَنَةً وبينَ المالِ . وقال أصحابُ الرَّأْىِ ، وأبو ثَوْرٍ : إذا وَصَّى بخِدْمَةِ عَبْدِه سَنَةً ، فإنَّ العَبْدَ يَخدِمُ المُوصَى له يَوْمًا والورثةَ يَوْمَيْن ، حتى يَسْتَكْمِلَ المُوصَى له سَنَةً ، فإن أراد الورثةُ بَيْعَ العَبْدِ ، بِيعَ على هذا . ولَنا ، أنَّها وصيةٌ صحيحةٌ ، فوَجَبَ تَنْفِيذُها على صِفَتِها إذا خَرَجَتْ مِن الثُّلُثِ ، أو بقَدْرِ ما خَرَج مِن الثُّلُثِ منها ، كسائِرِ الوصايا أو كالأعيانِ . إذا ثَبَت هذا ، وأُرِيدَ تَقْوِيمُها ، وكانتِ الوصيةُ مُقَيَّدَةً بمُدَّةٍ ، قُوِّمَ المُوصَى بمَنْفَعَتِه مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ تلك المُدَّةَ ، ثم تُقَوَّمُ المَنْفَعَةُ فى تلك المُدَّةِ ، فيُنْظَرُ كم قِيمَتُها .

فصل : فإن أراد المُوصَى له بمَنْفَعَةِ العَبْدِ أو الدّارِ إجارَةَ العَبْدِ أو الدّارِ فى المُدَّةِ التى أُوصِىَ له بنَفْعِها ، فله ذلك . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا تَجُوزُ إجارَةُ المَنْفَعَةِ المُسْتَحَقَّةِ بالوصيةِ ؛ لأنَّه أوْصَى له

الإنصاف

أو مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، صَحَّ - بلا نِزاعٍ أعْلَمُه - وللوَرَثَةِ عِتْقُها ، بلا نِزاعٍ ، ولهم بَيْعُها مسْلُوبَةَ المَنْفَعَةِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال ابنُ مُنَجَّى وغيرُه : هذا

المقنع

فَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَنَافِعِ أَمَتِهِ أَبَدًا أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، صَحَّ . فَإِذَا أَوْصَى بِهَا أَبَدًا ، فَلِلْوَرَثَةِ عِتْقُهَا وَبَيْعُهَا. وَقِيلَ :لَا يَصِحُّ بَيْعُهَا إِلَّا لِمَالِكِ نَفْعِهَا .

الشرح الكبير

باسْتِيفائِه . ولَنا ، أنَّها مَنْفَعَةٌ يَمْلِكُها مِلْكًا تامًّا ، فمَلَكَ أخْذَ العِوَضِ عنها بالأعْيانِ ، كما لو مَلَكَها بالإجارَةِ . وإن أراد المُوصَى له إخْراجَ العَبْدِ عن البَلَدِ ، فله ذلك . وبه قال أبو ثَوْرٍ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : لا يُخْرِجُه إلَّا أن يكونَ أهلُه فى غيرِ البَلَدِ ، فيُخْرِجَه إلى أهْلِه . ولَنا ، أنَّه مالِكٌ لنَفْعِه ، فمَلَكَ إخْراجَه ، كالمُسْتأْجِرِ .

٢٧٢٥ - مسألة : (إذا أوصَى) بمَنافِعِ عَبْدِه أو (أمَتِه أبَدًا أو مُدَّةً) بعَيْنِها (فللورثَةِ عِتْقُها) لأنَّها مَمْلُوكَةٌ لهم ، ومَنْفَعَتَها باقِيَةٌ للمُوصَى له ، ولا يَرْجِعُ على المُعْتِقِ بشيءٍ . وإن أعْتَقَه صاحِبُ المَنْفَعَةِ ، لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّ العِتْقَ للرَّقَبَةِ ، وهو لا يَمْلِكُها . فإن وَهَب صاحِبُ المَنْفَعَةِ مَنافِعَه للعَبْدِ ، أو أسْقَطَها عنه ، فللورثةِ الانْتِفاعُ به ؛ لأنَّ ما يُوهَبُ للعَبْدِ يكونُ لسَيِّدِه .

الإنصاف

المذهبُ . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » ، وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، وغيرِهم . وقطَع به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وقيل : لا يصِحُّ بَيْعُها مُطْلَقًا . وقيل : يصِحُّ لمالِكِ نَفْعِها ، لا غيرُ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ وغيرُه . وأطْلَقَهنَّ فى « الفائقِ » . وهنَّ فى « الكافِى » احْتِمالاتٌ مُطْلَقاتٌ .

الشرح الكبير

فصل : ولهم بَيْعُها . وتُباعُ مَسْلُوبَةَ المَنْفَعَةِ ، ويَقُومُ المُشْتَرِى مَقامَ البائعِ فيما له وعليه . وقيل : [١٩٦/٥ ظ] لا يجوزُ بَيْعُها ؛ لأنَّ ما لا نَفْعَ فيه لا يَصِحُّ بَيْعُه ، كالحَشَراتِ والمَيْتاتِ . وقيل : يجوزُ بَيْعُها لمالكِ مَنْفَعَتِها دُونَ غيرِه ؛ لأنَّ مالِكَ مَنْفَعَتِها يَجْتَمِعُ له الرَّقَبَةُ والمَنْفَعَةُ ، فيَنْتَفِعُ بذلك ، بخِلافِ غيرِه ، ولذلك جاز بَيْعُ الثمرةِ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها لصاحِبِ الشَّجَرَةِ دُونَ غيرِه ، وكذلك بَيْعُ الزَّرْعِ لصاحِبِ الأرْضِ . ووجْهُ الأوَّلِ ، أنَّها أمَةٌ مَمْلُوكَةٌ تَصِحُّ الوصيةُ بها ، فصَحَّ بَيْعُها لغيرِه ، ولأنَّه يُمْكِنُه إعْتاقُها وتَحْصِيلُ وَلائِها وثَوابِ عِتْقِها ، بخِلافِ الحَشَراتِ .

٢٧٢٦ - مسألة : (ولهم وِلايةُ تَزْوِيجِها) لأنَّهم يَمْلِكُونَ رَقَبَتَها ، وليس لهم ذلك إلَّا بإذْنِ صاحِبِ المَنْفَعَةِ . وليس لواحِدٍ منهما تَزْوِيجُها مُنْفَرِدًا ؛ لأنَّ مالِكَ المَنْفَعَةِ لا يَمْلِكُ رَقَبَتَها ، وصاحِبَ المَنْفَعَةِ يَتَضَرَّرُ

الإنصاف

تنبيه : قولُه : وللوَرَثَةِ عِتْقُها . يعْنِى مجَّانًا . أمَّا عِتْقُها عن كفَّارَةٍ ؛ فلا يُجْزِئُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يُجْزِئُ ، كعَبْدٍ مُؤْجَرٍ . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . ومتى قُلْنا بالجَوازِ ؛ إمَّا مجَّانًا ، وإمَّا عن كفَّارَةٍ ، على هذا القَوْلِ ، فانْتِفاعُ رَبِّ الوَصِيَّةِ به باقٍ .

فائدة : [٢٧٤/٢ظ] صِحَّةُ كِتابَتِها مَبْنِىٌّ على صِحَّةِ بَيْعِها هنا .

قوله : لهم وِلايةُ تَزْوِيجِها . يعْنِى للوَرَثَةِ الذين يمْلِكون رَقَبَتَها . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ وَلِيَّها مالِكُ رَقَبَتِها . جزَم به فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ،

المقنع

وَأَخْذُ مَهْرِهَا فِي كُلِّ مَوْضِعٍ وَجَبَ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهَا .وَقَالَ أَصْحَابُنَا : مَهْرُهَا لِلْوَصِيِّ .

الشرح الكبير

به . فإنِ اتَّفَقا على ذلك ، جاز ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، وكذلك لو طَلَبَتِ التَّزْوِيجَ ، وَجَبَ تَزْوِيجُها عندَ طَلَبِها ؛ لأنَّه لحَقِّها ، وحَقُّها فى ذلك مُقَدَّمٌ عليهما ؛ لأنَّها لو طَلَبَتْه مِن سَيِّدِها الذى يَمْلِكُ رَقَبَتَها و مَنْفَعَتَها ، لَزِمه ذلك ، وقُدِّمَ حَقُّها على حَقِّه ، ووَلِيُّها فى المَوْضِعَيْن مالِكُ الرَّقَبَةِ ؛ لأنَّه مالِكُها .

٢٧٢٧ – مسألة : ومَهْرُها هٰهُنا وفى كلِّ مَوْضِعٍ وَجَبَ للورثةِ ، فى اخْتِيارِ شيخِنا (لأنَّ مَنافِعَ البُضْعِ لا تَصِحُّ الوصيةُ بها) مُفْرَدَةً ، ولا مع غيرِها ، ولا يجوزُ نَقْلُها مُفْرَدَةً عن الرَّقَبَةِ بغيرِ[1] التَّزْوِيجِ ، وإنَّما هى تابِعَةٌ للرَّقَبَةِ ، فتكونُ لصاحِبِها . وعندَ أصحابِنا ، المَهْرُ للمُوصَى له بالمَنْفَعَةِ ؛ لأنَّه مِن مَنافِعِها .

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحارِثِيِّ » وصحَّحه ، وغيرُهم . وقيل : وَلِيُّها مالِكُ الرَّقَبَةِ ومالِكُ المَنْفَعَةِ جميعًا . فعلى المذهبِ ، لا يُزَوِّجُها إلَّا بإذْنِ مالِكِ المَنْفَعَةِ . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم .

قوله : وأَخْذُ مَهْرِها فى كُلِّ مَوْضِعٍ وجَب . يعْنِى ، لمُلَّاكِ الرَّقَبَةِ ذلك . وهذا

---

(١) فى م : « بعد » .

المقنع

وَإنْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ . وَلِلْوَرَثَةِ قِيمَةُ [١٦٦و] وَلَدِهَا عِنْدَ الْوَضْعِ عَلَى الْوَاطِئِ .

الشرح الكبير

٢٧٢٨ – مسألة : (وإن وُطِئَتْ بشُبْهَةٍ ، فالوَلَدُ حُرٌّ) لأنَّ وَطْءَ الشُّبْهَةِ يكونُ الوَلَدُ فيه حُرًّا ؛ لاعْتِقادِ الواطِئِ أنّه يَطَأُ فى مِلْكٍ ، فهو كوَطْءِ المَغْرُورِ بأمَةٍ . وتَجِبُ قِيمَتُه يومَ وَضْعِه لصاحِبِ الرقبةِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وفى الآخَرِ ، يُشْتَرَى بها ما يَقُومُ مَقامَها . ويَجِبُ على الواطِئِ ؛ لأنَّه الذى فَوَّتَ رِقَّه . وإنَّما اعْتُبِرَتْ قِيمَتُه يومَ الوَضْعِ ؛ لأنَّ مُقْتَضَى الدَّلِيلِ أن تَجِبَ قِيمَتُه حينَ العُلُوقِ ؛ لأنَّه وَقْتُ تَفْوِيتِ الحُرِّيَّةِ ، فلَمَّا لم يُمْكِنْ ذلك ، قَوَّمْناه فى أوَّلِ حالِ الإِمْكانِ ، وذلك حالةُ وَضْعِه . وهى للورثةِ ، ولا شىءَ للوَصِىِّ فيها ؛ لأنَّه إنَّما وَصَّى له بنَفْعِ الأُمِّ ، وليس الوَلَدُ مِن المَنافِعِ ، ولا وَصَّى له بمَنْفَعَتِه ، فلا يَسْتَحِقُّه .

الإنصاف

اخْتِيارُ المُصَنِّفِ ، وابنِ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال أصحابُنا : مَهْرُها للوَصِىِّ . يعْنِى ، للمُوصَى له بنَفْعِها . وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُنَوِّرِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرِهما . قال فى « الفائقِ » : هذا قوْلُ الجُمْهورِ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وهذه المَسْأَلَةُ مِن غيرِ الغالِبِ الذى ذكَرْناه فى الخُطْبَةِ مِنَ المُصْطَلَحِ فى مَعْرِفَةِ المذهبِ .

قوله : وإنْ وُطِئَتْ بشُبْهَةٍ ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، وللوَرَثَةِ قِيمَةُ وَلَدِها عندَ الوَضْعِ على الواطِئِ . يعْنِى ، لأصحابِ الرَّقَبَةِ . وهذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ،

المقنع وَإِنْ قُتِلَتْ ، فَلَهُمْ قِيمَتُهَا ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِى الْآخَرِ ، يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهَا .

الشرح الكبير **٢٧٢٩** - مسألة : (وإن قُتِلَتْ ، فللورثةِ قِيمَتُها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن) لأنَّهم مالِكُوها ؛ لأنَّ القِيمَةَ بَدَلُ الرقبةِ ، فتكونُ لصاحِبها ، وتَبْطُلُ الوصيةُ بالمَنْفَعةِ كما تَبْطُلُ الإِجارَةُ . (وفى) الوَجْهِ (الآخَرِ يُشْتَرَى بها ما يَقُومُ مَقامَها) لأنَّ كلَّ حَقٍّ تَعَلَّقَ بالعَيْنِ [١٩٧/٥ و] تَعَلَّقَ ببَدَلِها ، إذا لم يَبْطُلِ اسْتِحْقاقُها . ويُفارِقُ الزَّوْجَةَ والعَيْنَ المُسْتَأْجَرَةَ ؛ لأنَّ سَبَبَ[1] الاسْتِحْقاقِ يَبْطُلُ بتَلَفِهما .

الإنصاف و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : يُشْتَرى بها ما يَقُومُ مَقامَها . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » .

قوله : وإنْ قُتِلَتْ ، فلهم قِيمَتُها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وتَبْطُلُ الوَصِيَّةُ . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » وغيرِه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وفى الأُخْرَى ، يُشْتَرَى بها ما يقُومُ مَقامَها . قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » . واخْتارَه القاضى ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهما . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » .

تنبيه : يَنْبَنِى على الخِلافِ ما إذا عَفا عن قاتِلِها ؛ هل تلْزَمُه القِيمَةُ ، أم لا ؟ قالَه فى « الفُروعِ » .

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَلِلْوَصِىِّ اسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَإِعَارَتُهَا ، وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَطْؤُهَا .

الشرح الكبير

٢٧٣٠ – مسألة : (وللوصِىِّ اسْتِخْدامُها وإجارَتُها وإعارَتُها) لأنَّ الوصيةَ له بنَفْعِها ، وهذا منه .

٢٧٣١ – مسألة : (وليس لواحِدٍ منهما وَطْؤُها) لأنَّ صاحِبَ المَنْفَعَةِ لا يَمْلِكُ رَقَبَتَها ، ولا هو زَوْجُها ، ولا يُباحُ وَطْءٌ بغيرِهما ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ ﴾[1] . وصاحِبُ الرقبةِ لا يَمْلِكُها مِلْكًا تامًّا ، ولا يَأْمَنُ أن تَحْمِلَ منه ، فرُبَّما أفْضَى إلى هَلاكِها . وأيُّهما وَطِئَها فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّه وَطْءٌ بشُبْهَةٍ ، لوُجُودِ المِلْكِ

الإنصاف

فائدة : لو قَتَلَها الوَرَثَةُ ، لَزِمَهم قِيمَةُ المَنْفَعَةِ . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » ، عندَ الكلامِ على الخُلْعِ بمُحَرَّمٍ . قلتُ : وعُمومُ كلامِ المُصَنِّفِ ، وغيرِه مِنَ الأصحابِ ، أنَّ قتْلَ الوارِثِ كقَتْلِ غيرِه .

قوله : وليس لواحِدٍ منهما وَطْؤُها . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال فى « التَّرْغيبِ » : فى جَوازِ وَطْءِ مالِكِ الرَّقَبَةِ وَجْهان .

فائدة : لو وَطِئَها واحِدٌ منهما ، فلا حَدَّ عليه ، ووَلَدُه حُرٌّ ؛ فإنْ كان الواطِئُ مالِكَ الرَّقَبَةِ ، صارَتْ أمَّ وَلَدٍ ، وإلَّا فلا . وفى وُجوبِ قِيمَةِ الوَلَدِ عليه ، الوَجْهان . وكذا المَهْرُ على ما تقدَّم مِنِ اخْتِيارِ المُصَنِّفِ ، واخْتِيارِ الأصحابِ . وقيل : يجِبُ الحدُّ على صاحِبِ المَنْفَعَةِ ، إذا وَطِئَ . فعلى هذا ، يكونُ وَلَدُه مَمْلوكًا . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » وغيرِه . قال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والثَّلاثِين بعدَ المِائَةِ » : لا يجوزُ للوارِثِ وَطْؤُها ، إذا كان مُوصًى بمَنافِعِها . على أصحِّ الوَجْهَيْن . وهو قَوْلُ القاضى ، خِلافًا لابنِ عَقِيلٍ .

---

(١) سورة المؤمنون ٦ ، المعارج ٣٠ .

المقنع وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زِنًى ، فَحُكْمُهُ حُكْمُهَا ،..........

الشرح الكبير لكلٍّ واحِدٍ منهما فيها[1] ، ووَلَدُه حُرٌّ ؛ لأنه مِن وَطْءِ شُبْهَةٍ . فإن كان الواطِئُ صاحِبَ المَنْفَعَةِ ، لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُها ، وعليه قِيمَةُ وَلَدِها يومَ وَضْعِه ، وحُكْمُها على ما ذَكَرْنا فيما إذا وَطِئَها أَجْنَبِيٌّ بشُبْهَةٍ . وإن كان الواطِئُ مالِكَ الرقبةِ ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لأنَّها عَلِقَت منه بحُرٍّ فى مِلْكِه . وفى وُجُوبِ قِيمَتِه عليه الوَجْهان . وأمّا المَهْرُ ، فإن كان الواطِئُ مالكَ[2] الرقبةِ ، فلا مَهْرَ عليه ، فى اخْتِيارِ شيخِنا ، وله المَهْرُ على صاحِبِ المَنْفَعَةِ إن كان هو الواطِئُ . وعندَ أَصْحابِنا ، وأصحاب الشافعىِّ ، يَنْعَكِسُ الحالُ . وقد تَقَدَّمَ تَعْلِيلُ ذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ الحَدُّ على صاحِبِ المَنْفَعَةِ إذا وَطِئَ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إلَّا المَنْفَعَةَ ، فوَجَبَ عليه الحَدُّ ، كالمُسْتَأْجِرِ ، وعلى هذا يكونُ وَلَدُه مَمْلُوكًا .

٢٧٣٢ - مسألة : (وإن وَلَدَتْ مِن زَوْجٍ أو زِنًى ، فحُكْمُه حُكْمُها) لأنَّ الوَلَدَ يَتْبَعُ الأُمَّ فى حُكْمِها، كوَلَدِ المُكاتَبَةِ والمُدَبَّرَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ لمالِكِ الرَّقَبَةِ ؛ لأنَّ ذلك ليس مِن النَّفْعِ المُوصَى به ، ولا هو مِن الرقبةِ المُوصَى بنَفْعِها .

الإنصاف قوله : وإنْ وَلَدَتْ مِن زَوْجٍ ، أو زِنًى ، فحُكْمُه حُكْمُها . هذا أحدُ الوَجْهَيْن . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الكافِى » ، و « شَرْحِ ابنِ

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « ملك » .

المقنع

وَفِى نَفَقَتِهَاثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ،أَنَّهُ فِى كَسْبِهَا .وَالثَّانِى ، عَلَى مَالِكِهَا . وَالثَّالِثُ ، عَلَى الْوَصِىِّ .

الشرح الكبير

٢٧٣٣ – مسألة : (وفى نَفَقَتِها ثلاثةُ أوْجُهٍ ، أحَدُها) تَجبُ على مالكِ الرقبةِ . وهو الذى ذَكَره الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ مَذْهبًا لأحمدَ . وبه قال أبو ثَوْرٍ . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ على الرقبةِ ، فكانت على صاحِبِها ، كنفقةِ العَبْدِ المُسْتَأْجَرِ ، وكما لو لم يكنْ له مَنْفَعَةٌ . قال الشَّرِيفُ : ولأنَّ الفِطْرَةَ تلْزَمُه ، والفِطْرَةُ تَتْبَعُ النَّفَقَةَ ، ووجُوبُ التابعِ على

الإنصاف

مُنَجَّى » . وقدَّمه فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الشَّرْحِ » . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ لمالكِ الرَّقَبَةِ . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفروعِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وهذا المذهبُ على ما اصْطَلَحْناه فى الخُطْبَةِ . قال فى « القاعِدَةِ الحادِيَةِ والعِشْرين » : الوَلَدُ هل هو كالجُزْءِ ، أو كالكَسْبِ ؟ والأَظْهَرُ أنه جُزْءٌ . ثم قال ، مُفرِّعًا على ذلك : لو وَلَدَتِ المُوصَى بمَنافِعِها ؛ فإنْ قُلْنا : الوَلَدُ كَسْبٌ . فكُلُّه لصاحِبِ المَنْفَعَةِ ، وإنْ قُلْنا : هو جُزْءٌ . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، أنه بمَنْزِلَتِها . والثَّانى ، أنه للوَرَثَةِ ؛ لأنَّ الأَجْزاءَ لهم دُونَ المنافعِ .

قوله : وفى نَفَقَتِها ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ . وهُنَّ احْتِمالاتٌ فى « الهِدايَةِ » . وأطْلَقَهُنَّ فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . قال فى « الفُروعِ » : وفى نفَقَتِها وَجْهان . انتهى . أحَدُها ، أنَّه فى كَسْبِها ؛ فإنْ عُدِمَ ففى بيتِ المالِ . قال المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الشَّارِحُ : فإنْ لم يكُنْ لها كَسْبٌ ، فقيل : تجبُ فى بيتِ المالِ .

الشرح الكبير

إنْسانٍ دَلِيلٌ على وُجُوبِ المَتْبُوعِ عليه . والثانِى ، تَجبُ على صاحِبِ المَنْفَعَةِ . وهو قولُ الإصْطَخْرِىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وهو أصَحُّ ، إن شاء اللهُ تعالى ؛ لأنَّه يَمْلِكُ نَفْعَها على التَّأْبِيدِ ، فكانتِ النَّفَقَةُ عليه ، كالزَّوْجِ ، ولأنَّ [١٩٧/٥ ظ] نَفْعَه له ، فكان عليه ضَرَرُه ، كالمالِكِ لهما جَمِيعًا ، يُحَقِّقُه أنَّ إيجابَ النَّفَقَةِ على مَن لا نَفْعَ له ضَرَرٌ مُجَرَّدٌ ، فيَصِيرُ مَعْنَى الوَصِيَّةِ : أوْصَيْتُ لك بنَفْعِ أمَتِى ، وأبْقَيْتُ على وَرَثَتِى ضَرَرَها . والشَّرْعُ يَنْفِى هذا بقولِه : « لَا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ »[1] . ولذلك جَعَل الخَرَاجَ بالضَّمانِ ؛ ليكونَ ضَرَرُه على مَن له نَفْعُه . وفارَقَ المُسْتَأْجَرَ ؛ فإنَّ نَفْعَه فى الحَقِيقَةِ للمُؤْجِرِ ؛ لأنه يَأْخُذُ الأجْرَ عِوَضًا عن المَنافِعِ . والثالثُ ، أنَّها تَجبُ فى كَسْبِه . وهذا راجِعٌ إلى إيجابِها على صاحِبِ المَنْفَعَةِ ؛ لأنَّ كَسْبَه مِن مَنافِعِه ، فإذا صُرِفَتْ فى نَفَقَتِه ، فقد صُرِفَتِ المَنْفَعَةُ المُوصَى بها إلى النَّفَقَةِ ، فصار كما لو صَرَف إليه شيئًا مِن مالِه سِواه . فإن لم يكنْ لها كَسْبٌ ، فقِيلَ : تَجِبُ نَفَقَتُها فى بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّ مالِكَ الرقبةِ لا يَنْتَفِعُ بها ، وصاحِبُ المَنْفَعَةِ لا يَمْلِكُ الرقبةَ ، فلا يَلْزَمُه إحْياؤُها ، وكذلك سائِرُ الحَيواناتِ المُوصَى بمَنْفَعتِها ، قِياسًا على الأمَةِ .

الإنصاف

قال الحارِثِىُّ : وهو قولُ الأصحابِ . وقال المُصَنِّفُ ، عنِ القَوْلِ أنَّه يكونُ فى كَسْبِها : هو راجِعٌ إلى إيجابِها على صاحِبِ المَنْفَعَةِ . وهذا الوَجْهُ للقاضى فى « المُجَرَّدِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، أنَّها على مالِكِها . يعْنى ، على مالِكِ الرَّقَبَةِ . وهو

---

(١) تقدم تخريجه فى ٣٦٨/٦ .

المقنع

وَفِى اعْتِبَارِهَا مِنَ الثُّلُثِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْتَبَرُ جَمِيعُهَا مِنَ الثُّلُثِ . وَالثَّانِى ، تُقَوَّمُ بِمَنْفَعَتِهَا ، ثُمَّ تُقَوَّمُ مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ فَيُعْتَبَرُ مَا بَيْنَهُمَا .

الشرح الكبير

٢٧٣٤ – مسألة : (وفى اعْتِبارِها مِن الثُّلُثِ وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يُعْتَبَرُ جَمِيعُها مِن الثُّلُثِ) يَعْنِى تُقَوَّمُ بمَنْفَعَتِها ، ويُعْتَبَرُ خُرُوجُ ثَمَنِها مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّ أمَةً لا منفعة فيها لا قِيمَةَ لها غالِبًا (والثانى ، تُقَوَّمُ بمَنْفَعتِها ، ثم تُقَوَّمُ مَسْلُوبَةَ المنفعةِ ، فيُعْتَبَرُ ما بينَهما) فإذا كانت قِيمتُها بمنفعتِها مائةً ، وقِيمَتُها مَسْلُوبَةَ المَنْفَعَةِ عَشَرَةً ، عَلِمْنا أنَّ قِيمةَ المَنْفعةِ تِسْعُون .

الإنصاف

الذى ذكَرَه الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ مذهبًا للإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وأبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » ، وابنُ بَكْروسٍ ، وغيرُهم ، وعنِ القاضى مِثْلُه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثَّالِثُ ، أنَّه على الوَصِىِّ ، وهو مالِكُ المَنْفَعَةِ . وهو المذهبُ . صحَّحه [٢٧٥/٢و] فى « التَّصْحيحِ » . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » . وقدَّمه فى « الخُلاصةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « تَجْريدِ العِنايةِ » .

قوله : وفى اعْتِبارِها مِنَ الثُّلُثِ وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ؛ أحدُهما ، يُعْتَبَرُ جميعُها مِنَ الثُّلُثِ . وهو الصَّحيحُ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الوَجيزِ » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، تُقَوَّمُ بمَنْفَعتِها ، ثم تُقَوَّمُ

المقنع وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِرَقَبَتِهَا وَلِآخَرَ بِمَنْفَعَتِهَا ، صَحَّ . وَصَاحِبُ الرَّقَبَةِ كَالْوَارِثِ فِيمَا ذَكَرْنَا .

الشرح الكبير **٢٧٣٥** - مسألة : (وإن وَصَّى لرجل برَقَبتِها ولآخَرَ بمَنْفَعَتِها ، صَحَّ . وصاحِبُ الرقبةِ كالوارِثِ فيما ذَكَرْنا) .

فصل : وإذا وَصَّى بثَمَرَةِ شَجَرَةٍ مُدَّةً ، أو بما[1] تُثْمِرُ أبَدًا ، صَحَّ ،

الإنصاف مَسْلُوبَةَ المَنْفَعَةِ ، فيُعْتَبَرُ ما بينَهما . اخْتارَه القاضى . وقدَّمه فى « الخُلاصةِ » ، و « النَّظْمِ » . وقيل : إنْ وَصَّى بمَنْفَعَةٍ على التَّأْبيدِ ، اعْتُبِرَتْ قِيمَةُ الرَّقَبَةِ بمَنافِعِها مِنَ الثُّلُثِ ؛ لأنَّ عَبْدًا لا منْفَعَةَ له لا قِيمَةَ له . وإنْ كانتِ الوَصِيَّةُ بمُدَّةٍ مَعْلومةٍ ، اعْتُبِرَتِ المَنْفَعَةُ فقط مِنَ الثُّلُثِ . اخْتارَه فى « المُسْتَوْعِبِ » . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » أيضًا ، فقال : وهل يُعْتَبَرُ خُروجُ ثَمِنَها مِن ثُلُثِه ، أو ما قِيمَتُها بنَفعِها وبدُونِه ؟ فيها وَجْهان . وإنْ وَصَّى بنَفْعِها وَقْتًا ، فقيل كذلك . وقيل : يُعْتَبَرُ وحدَه مِن ثُلُثِه ؛ لإمْكانِ تقْويمِه مُفْرَدًا . انتهى . وأطْلَقَهُنَّ فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » .

فائدة : لو ماتَ المُوصَى له بنَفْعِها ، كانتِ المَنْفَعَةُ لوَرَثَتِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الانْتِصارِ » ، فى الأُجْرَةِ بالعَقْدِ . وقال : يَحْتَمِلُ مِثْلُه فى هِبَةِ نَفْعِ دارِه ، وسُكْناها شهْرًا ، وتَسْليمِها . انتهى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : بل لوَرَثَةِ المُوصِى . قلتُ : ويَنْبَغِى أنْ يكونَ الحُكْمُ كذلك فيما إذا ماتَ المُوصَى له برَقَبَتِها ، أنْ[2] تكونَ الرَّقَبَةُ لوارِثِه .

---

(١) فى م : « بماء » .

(٢) فى ط : « أو » .

الشرح الكبير

ولا يَمْلِكُ واحِدٌ مِن المُوصَى له والوارِثِ إجْبارَ الآخَرِ على سَقْيِها ؛ لأنَّه لا يُجبَرُ على سَقْيِ مِلْكِه ، ولا سَقْيِ مِلْكِ غيرِه . فإن أراد أحَدُهما سَقْيَها بحيثُ لا يَضُرُّ بصاحِبِه ، لم يَمْلِكِ الآخَرُ مَنْعَه . فإن يَبِسَتِ الشَّجَرَةُ ، فحَطَبُها للوارِثِ . وإن وَصَّى له بثَمَرتِها مُدَّةً بعَيْنِها ، فلم تَحْمِلْ في تلك المُدَّةِ ، فلا شيءَ للمُوصَى له . وإن قال : لك ثَمَرَتُها أوَّلَ عامٍ تُثْمِرُ . صَحَّ ، وله ثَمَرَتُها في ذلك العامِ . وكذلك إذا وَصَّى له بما تَحْمِلُ أمَتُه أو شاتُه . وإن وَصَّى لرجلٍ بشَجَرَةٍ ، ولآخَرَ بثَمَرَتِها ، صَحَّ ، وقام صاحِبُ الرقبةِ مَقامَ الوارِثِ فيما له . وإن وَصَّى له بلَبَنِ شاتِه وصُوفِها ، صَحَّ ، كما تَصِحُّ الوصيةُ بثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ . وإن وَصَّى بلَبَنِها ، أو صُوفِها ، صَحَّ ، ويُقَوَّمُ المُوصَى به دُونَ العَيْنِ .

فصل : وإذا وَصَّى لرجلٍ بحَبِّ زَرْعِه ، [٥/١٩٨ و] ولآخَرَ بتِبْنِه ، صَحَّ ، والنَّفَقَةُ بينَهما ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما تَعَلَّقَ حَقُّه بالزَّرْعِ . فإنِ امْتَنَعَ أحَدُهما مِن الإنْفاقِ ، فهما بمَنْزِلَةِ الشَّرِيكَيْن في[1] أصْلِ الزَّرْعِ إذا امْتَنَعَ أحَدُهما مِن سَقْيِه والإنْفاقِ عليه ، فيُخَرَّجُ في ذلك وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يُجْبَرُ على الإنْفاقِ عليه . هذا قولُ أبي بكرٍ ؛ لأنَّ في تَرْكِ الإنْفاقِ ضَرَرًا عليهما وإضاعَةً للمالِ ، وقد قال النبيُّ ﷺ : « لا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ »[2] . ونَهَى عن إضَاعةِ المالِ . والثاني ، لا يُجْبَرُ على الإنْفاقِ على مالِ نَصِيبِه ولا على

الإنصاف

....

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في ٦/٣٦٨ .

المقنع وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمُكَاتَبِهِ ، صَحَّ ، وَيَكُونُ كَمَا لَوِ اشْتَرَاهُ .

الشرح الكبير مالِ غيرِه إذا كان كلُّ واحِدٍ منهما مُنْفرِدًا ، فكذلك إذا اجْتَمَعا . وأَصْلُ الوَجْهَيْن إذا اسْتَهْدَمَ الحائطُ المُشْتَرَكُ ، فدَعا أحدُ الشَّرِيكَيْن الآخَرَ إلى مُباناتِه ، فامْتَنَعَ . ويَنْبَغِى أن تكونَ النَّفَقَةُ عليهما على قَدْرِ قِيمَةِ كلِّ واحِدٍ منهما ، كما لو كانا مُشْتَرِكَيْن فى أصْلِ الزَّرْعِ .

فصل : وإن أوْصَى لرجلٍ بخاتَمٍ ، ولآخَرَ بفَصِّه ، صَحَّ ، وليس لواحِدٍ منهما الانْتِفاعُ به إلَّا بإذْنِ الآخرِ ، وأيُّهما طَلَب قَلْعَ الفَصِّ مِن الخاتَمِ أُجِيبَ إليه ، وأُجْبِرَ الآخَرُ عليه ، وإنِ اتَّفَقا على بَيْعِه ، أو[1] اصْطَلَحا على لُبْسِه ، جاز ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما .

فصل : فإن وَصَّى لرجلٍ بدِينارٍ مِن غَلَّةِ دارِه ، وغَلَّتُها دِينارانِ ، صَحَّ . فإن أراد الوَرَثَةُ بَيْعَ نِصْفِها وتَرْكَ النِّصْفِ الذى أجْرُه دِينارٌ ، فله مَنْعُهم منه ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَنْقُصَ أجْرُه عن الدِّينارِ . وإن كانتِ الدّارُ لا تَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، فلهم بَيْعُ ما زاد عليه خاصَّةً وتَرْكُ الباقى . فإن كان غَلَّتُه[2] دِينارًا أو أقَلَّ ، فهو للمُوصَى له ، وإن زادَتْ ، فله دِينارٌ ، والباقِى للورثةِ .

٢٧٣٦ – مسألة : تَصِحُّ الوصيةُ بالمُكاتَبِ ، إذا قُلْنا : يَصِحُّ بَيْعُه .

الإنصاف قوله : وإنْ وَصَّى لرَجُلٍ بمُكاتَبِه ، صَحَّ ، ويكُونُ كما لو اشْتَراه – على ما يأْتِى فى بابِ الكِتابَةِ ، وهذا بلا نِزاعٍ – وإنْ وَصَّى له بمالِ الكِتابَةِ ، أو بنَجْمٍ منها ،

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « عليه » .

الشرح الكبير

لأنَّه مَمْلُوكٌ يَصِحُّ بَيْعُه ، فصَحَّتِ الوصيةُ به ، كالقِنِّ . ويَقُومُ مَن انْتَقَلَ إليه مَقامَ السَّيِّدِ فى الأداءِ إليه ، وإن عَجز عاد رَقِيقًا له ، وإن عَتَق فالوَلاءُ له ، كالمُشْتَرِى . فإن عَجز فى حَياةِ المُوصِى لم تَبْطُلِ الوصيةُ ؛ لأنَّ رِقَّه لا يُنافِيها ، وإن أدَّى بَطَلَتْ . فإن قال : إن عَجز ورَقَّ فهو لك بعد مَوْتِى . فعَجَزَ فى حياةِ المُوصِى ، صَحَّتِ الوصيةُ ، وإن عَجز بعدَ مَوْتِه ، بَطَلَتْ ، كما لو قال لعَبْدِه : إن دَخَلْتَ الدّارَ فأنت حُرٌّ بعدَ مَوْتِى . فلم يَدْخُلْها حتى ماتَ سَيِّدُه . وإن قال : إن عَجز بعدَ مَوْتِى فهو لك . ففيه وَجْهان نَذْكُرُهما فى العِتْقِ ، فيما إذا قال : إن دَخَلْتَ [٥/١٩٨ ظ] الدّارَ بعدَ مَوْتِى فأنت حُرٌّ .

الإنصاف

صَحَّ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، إلَّا أنَّ القاضىَ قال فى « الخِلافِ » ، فى مَن ماتَ وعليه زَكاةٌ : إنَّ الوَصِيَّةَ لا تصِحُّ بمالِ الكِتابَةِ والعَقْلِ ؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَقِرٍّ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو قال : ضَعُوا نَجْمًا مِن كِتابَتِه . فلهم وَضْعُ أىِّ نَجْمٍ شاءُوا . وإنْ قال : ضَعُوا ما شاءَ المُكاتَبُ . فالكُلُّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، إذا شاءَ . وقيل : لا . كما لو قال : ضَعُوا ما شاءَ مِن مالِها . وإنْ قال : ضَعُوا أكْثَرَ ما عليه ، ومِثْلَ نِصْفِه . وُضِعَ عنه فوقَ نِصْفِه ، وفوقَ رُبْعِه . يعْنِى ، بشَرْطِ أنْ يكونَ مِثْلَ نِصْفِ المَوْضوعِ أوَّلًا . الثَّانيةُ ، لو أوْصَى لمُكاتَبِه بأوْسَطِ نُجومِه ، وكانتِ النُّجومُ شَفْعًا مُتَساوِيَةَ القَدْرِ ، تعَلَّقَ الوَضْعُ بالشَّفْعِ المُتَوَسِّطِ ، كالأرْبَعَةِ ، المُتَوَسِّطُ منها الثَّانى والثَّالِثُ ، وكالسِّتَّةِ ، المُتَوَسِّطُ منها الثَّالِثُ والرَّابعُ . قال فى « القَواعِدِ الأُصولِيَّةِ » : ذكَرَه أبو محمدٍ المَقْدِسِىُّ وغيرُه .

المقنع وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا ، صَحَّ . وَإِنْ وَصَّى بِرَقَبَتِهِ لِرَجُلٍ ، وَبِمَا عَلَيْهِ لِآخَرَ ، صَحَّ . فَإِنْ أَدَّى

الشرح الكبير **٢٧٣٧** – مسألة : (وإن وَصَّى له بمالِ الكِتابةِ ، أو بنَجْمٍ منها ، صَحَّ) لأنَّها تَصِحُّ بما ليس بمُسْتَقِرٍّ ، كما تَصِحُّ بما لا يَمْلِكُه فى الحالِ ، كحَمْلِ الجارِيَةِ . وللمُوصَى له أن يَسْتَوْفِيَ المالَ عندَ حُلُولِه ، وله أن يُبْرِئَ منه ، ويَعْتِقَ بأحَدِهما ، والوَلاءُ لسَيِّدِه ؛ لأنَّه المُنْعِمُ عليه . فإن عَجَزَ ، وأراد الوارِثُ تَعْجيزَه ، وأراد الوَصِيُّ إنْظارَه ، فالقولُ قولُ الوارِثِ ؛ لأنَّ حقَّ الوصِيِّ فى المالِ إذا كان العقدُ قائمًا ، وحقُّ الوارِثِ مُتَعَلِّقٌ به ، إذا عَجَز يَرُدُّه فى الرِّقِّ ، وليس للوصيِّ إبْطالُ حقِّ الوارِثِ من تعجيزِه . وكذلك إن أرادَ الوارِثُ إنظارَه وأراد الوصيُّ تعجيزَه ، فالحُكْمُ للوارِثِ ، ولا حَقَّ للوَصِيِّ فى ذلك ، ولا نَفْعَ له ؛ لأنَّ حَقَّه يَسْقُطُ به . ومتى عَجَزَ عاد عَبْدًا للوارِثِ . وإن وَصَّى بما يُعَجِّلُه المُكاتَبُ ، صَحَّ ، فإن عَجَّلَ شيئًا فهو للوَصِيِّ ، وإن لم يُعَجِّلْ شيئًا حتى حَلَّتْ نُجُومُه ، بَطَلَتِ الوصيةُ .

٢٧٣٨ – مسألة : (وإن وَصَّى لرجلٍ برَقَبَتِه ولآخَرَ بما عليه ، صَحَّ . فإن أدَّى) إلى صاحِبِ المالِ أو أبْرَأه منه (عَتَقَ وبَطَلَتْ وَصِيَّةُ

الإنصاف قوله : وإنْ وَصَّى له بمالِ الكِتابَةِ ، أو بنَجْمٍ منها ، صَحَّ . بلا نِزاعٍ ، وللمُوصَى له الاسْتِيفاءُ والإِبْراءُ ، ويَعْتِقُ بأحَدِهما ، والوَلاءُ للسَّيِّدِ ، فإنْ عَجَز ، فأرادَ الوارِثُ تعْجيزَه ، وأرادَ المُوصَى له إنْظارَه ، فالقَوْلُ قولُ الوارِثِ . وكذا إذا أرادَ الوارِثُ إنْظارَه ، وأرادَ المُوصَى له تَعْجيزَه ، فالحُكْمُ للوارِثِ .

قوله : وإنْ وَصَّى برقَبَتِه لرَجُلٍ ، وبما عليه لآخَرَ ، صَحَّ . فَإنْ أَدَّى عَتَق ، وإنْ

المقنع

عَتَقَ ، وَإِنْ عَجَزَ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ ، وَبَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الْمَالِ فِيمَا بَقِىَ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

صاحِبِ الرقبةِ) قالهُ أصحابُنا . ويَحْتَمِلُ أن لا تَبْطُلَ ، ويكونَ الوَلاءُ له ؛ لأنَّه أقامَه مُقامَ نَفْسِه ، ولو لم يُوصِ بها ، كان الوَلاءُ له ، فإذا أوْصَى بها كان الوَلاءُ للمُوصَى له ، وكما لو وَصَّى له بالمُكاتَبِ مُطْلَقًا ؛ لأنَّ الوَلاءَ يُسْتَفادُ مِن الوصيةِ بالرقبةِ دُونَ الوصيةِ بالمالِ . وإن عَجَز ، فَسَخ صاحِبُ الرقبةِ كِتابَتَه ، وكان رَقِيقًا له . وبَطَلَتْ وصيةُ صاحِبِ المالِ . وإن كان صاحِبُ المالِ قَبَض مِن مالِ الكِتابَةِ شيئًا ، فهو له . فإنِ اخْتَلَفا فى فَسْخِ الكِتابَةِ بعدَ العَجْزِ ، قُدِّمَ قولُ صاحِبِ الرقبةِ ؛ لأنَّه يَقُومُ مَقامَ الورثةِ ، على ما ذَكَرْنا .

فصل : فإن كانتِ الكِتابَةُ فاسِدَةً ، فوَصَّى لرجلٍ بما فى ذِمَّةِ المُكاتَبِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا شيءَ فى ذِمَّتِه . فإن قال : أوْصَيْتُ لك بما أقْبِضُه مِن مالِ الكِتابَةِ . صَحَّ ؛ لأنَّ الكِتابَةَ الفاسِدَةَ يُؤَدَّى منها المالُ كما يُؤَدَّى فى الصحيحةِ . وإن وَصَّى برقبةِ المُكاتَبِ فيها ، صَحَّ ؛ لأنَّها تَصِحُّ فى

الإنصاف

عجَز ، فهو لصاحِبِ الرَّقَبَةِ ، وبطَلَتْ وَصِيَّةُ صاحِبِ المَالِ فيما بَقِىَ عليه . إذا أدَّى لصاحِبِ المالِ ، أو أبْرأه منه ، عَتَقَ وبطَلَتِ الوَصِيَّةُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . قال الشَّارِحُ : ويَحْتَمِلُ أنْ لا تَبْطُلَ وَصِيَّةُ صاحِبِ الرَّقَبَةِ ، ويكونُ الوَلاءُ له ؛ لأنَّه أقامَه مَقامَ نَفْسِه . ومالَ إليه وقوَّاه . فإنْ عجَز ، فَسَخ صاحِبُ الرَّقَبَةِ كِتابَتَه ، وكان رَقِيقًا له ، وبطَلَتْ وَصِيَّةُ صاحبِ المالِ . وإنْ كان قبَض مِن مالِ الكِتابَةِ شيئًا ، فهو له .

الشرح الكبير

المُكاتَبةِ الصحيحةِ ، ففى الفاسِدَةِ أوْلَى . واللهُ أعْلَمُ .

فصل : وإذا قال : اشْتَرُوا بثُلُثِى رِقابًا فأعْتِقُوهُم . لم يَجُزْ صَرْفُه إلى المُكاتَبين ؛ لأنَّه أوْصَى بالشِّراء ، لا بالدَّفْعِ إليهم . فإنِ اتَّسَعَ الثُّلُثُ لثلاثةٍ[1] ، لم يَجُزْ أن يُشْتَرَى أقَلُّ منها ؛ لأنَّها أقَلُّ الجَمْعِ . فإن قُدِر أن يُشْتَرَى أكْثَرُ مِن ثلاثةٍ بثَمنِ ثلاثةٍ غاليَةٍ ، كان أوْلَى وأفْضَلَ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَن أعْتَقَ امْرَءًا مُسْلِمًا ، أعْتَقَ اللهُ بكُلِّ عُضْوٍ منه عُضْوًا منه مِنَ النَّارِ »[2] . ولأنَّه يُفَرِّجُ [٥/١٩٩ و] عن نَفْسٍ زائِدَةٍ ، فكان أفْضَلَ مِن عَدَمِ ذلك . وإن أمْكَنَ شِراءُ ثلاثةٍ رَخِيصَةٍ وحِصَّةٍ مِن الرابعةِ ، بثَمَنِ ثلاثةٍ غاليةٍ ، فالثلاثةُ أفْضَلُ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لمّا سُئِلَ عن أفْضَلِ الرِّقابِ ، قال : « أغْلاهَا ثَمَنًا ، وأنفَسُها عِنْدَ أهْلِهَا »[3] . والقَصْدُ مِن العِتْقِ تكْمِيلُ الأحْكامِ ؛ مِن الوِلايَةِ ، والجُمُعَةِ ، والحَجِّ ، والجِهادِ ، وسائِرِ الأحْكَامِ التى تَخْتَلِفُ بالرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، ولا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بإعْتاقِ جَمِيعِه . وهذا التَّفْضِيلُ ، واللهُ أعْلَمُ ، مِن النبىِّ ﷺ إنَّما يكونُ مع التَّساوِى فى المَصْلَحَةِ ، فأمّا إن تَرَجَّحَ بعضُهم بدِينٍ وعِفَّةٍ وصَلاحٍ

الإنصاف ....

---

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب قوله تعالى : ﴿ فك رقبة أو إطعام فى يوم ذى مسغبة يتيمًا ذا مقربة ﴾ ، من كتاب العتق ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ أو تحرير رقبة ﴾ وأى الرقاب أزكى ، من كتاب الكفارات . صحيح البخارى ١٨٨/٣ ، ١٨١/٨ . ومسلم ، فى : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧/٢ ، ١١٤٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثواب من أعتق رقبة ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٤/٧ ، ٢٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢٠/٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ ، ٤٤٧ ، ٥٢٥ .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٣٣/٧ .

المقنع

فَصْلٌ : [١٦٦ظ] وَمَنْ أُوصِىَ لَهُ بِشَىْءٍ بِعَيْنِهِ ، فَتَلِفَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِى أَوْ بَعْدَهُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ .

الشرح الكبير

ومَصْلَحَةٍ له فى العِتْقِ ، بأن يكونَ مَضْرُورًا بالرِّقِّ وله صَلاحٌ فى العِتْقِ ، وغيرُه له مَصلحَةٌ فى الرِّقِّ ولا مَصْلَحَةَ له فى العِتْقِ ، بل رُبَّما تَضَرَّرَ به ، مِن فَوَاتِ نَفقَتِه ، وكِفايَتِه ، ومَصالِحِه ، وعَجْزِه بعدَ العِتْقِ عن الكَسْبِ وخُرُوجِه عن الصِّيانَةِ والحِفْظِ ، فإنَّ إعْتاقَ مَن كَثُرَتِ المَصْلَحَةُ فى إعْتاقِه أفْضَلُ وأوْلَى وإن قَلَّتْ قِيمَتُه . ولا يَسُوغُ إعْتاقُ مَن فى إعْتاقِه مَفْسَدَةٌ ؛ لأنَّ مَقْصُودَ المُوصِى تَحْصِيلُ الثَّوابِ والأجْرِ ، ولا أجْرَ فى إعْتاقِ هذا . ولا يجوزُ أن يُعْتِقَ إلَّا رَقبةً مُسْلِمَةً ؛ فإنَّ اللهَ تعالى لَمّا قال : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[1] . لم يَتَنَاوَلْ إلَّا المسلمةَ ، ومُطْلَقُ كَلامِ الآدَمِىِّ مَحْمُولٌ على مُطْلَقِ كلامِ اللهِ تعالى . ولا يجوزُ إعْتاقُ مَعِيبَةٍ عَيْبًا يَمْنَعُ مِن الإجْزاءِ فى الكَفّارَةِ ؛ [2]لِما ذَكَرْنا[2] ، واللهُ أعلمُ .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ومَن أُوصِىَ له بشىءٍ بعَيْنِه ، فتَلِفَ قبلَ مَوْتِ المُوصِى أو بعدَه ، بَطَلَتِ الوصيةُ) كذلك حَكاه ابنُ المُنْذِرِ ، فقال : أجْمَعَ كلُّ مَن أحْفَظُ عنه مِن أهْلِ العِلمِ ، على أنَّ الرجلَ إذا أُوصِىَ له بشىءٍ ، فهَلَكَ الشىءُ ، أن لا شىءَ له فى سائِرِ مالِ المَيِّتِ ؛ وذلك لأنَّ المُوصَى له إنَّما يَسْتَحِقُّ بالوصيةِ لا غيرُ ، وقد تَعَلَّقَتْ بمُعَيَّنٍ ،

الإنصاف

قوله : ومَن أُوصِىَ له بشَىءٍ بعَيْنِه ، فتَلِفَ قبلَ مَوْتِ المُوصِى أو بعدَه ،

---

(١) سورة المجادلة ٣ .

(٢ - ٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ تَلِفَ الْمَالُ كُلُّهُ غَيْرَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِى، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَأْخُذْهُ زَمَانًا، قُوِّمَ وَقْتَ الْمَوْتِ لَا وَقْتَ الْأَخْذِ.

الشرح الكبير

فإذا ذَهَب، ذَهَب حَقُّه، كما لو تَلِف فى يَدِه، والتَّرِكَةُ فى يَدِ الورثةِ غيرُ مَضْمُونَةٍ عليهم؛ لأنَّها حَصَلَتْ فى أَيْدِيهم بغيرِ فِعْلِهم، ولا تَفْرِيطِهم، فلم يَضْمَنُوا شيئًا.

٢٧٣٩ - مسألة: (وإن تَلِف المالُ كلُّه غيرَه بعدَ موتِ المُوصِى، فهو للمُوصَى له) لأنَّ حُقُوقَ الورثةِ لم تَتَعَلَّقْ به؛ لتَعَيُّنِه للمُوصَى له، ولذلك يَمْلِكُ أَخْذَه بغيرِ رِضاهم وإذْنِهم، فكان حَقُّه فيه دُونَ سائِرِ المالِ، فحُقُوقُهم فى سائِرِ المالِ دُونَه، فأيُّهما تَلِف حَقُّه لم يُشارِكِ الآخَرَ فى حَقِّه، كما لو كان التَّلَفُ بعدَ أن أخَذَه المُوصَى له، وكالورثةِ إذا اقْتَسَمُوا ثم تَلِف [٥/١٩٩ ظ] نَصِيبُ أحدِهم. قال أحمدُ، فى مَن خَلَّفَ مائَتَىْ دِينارٍ وعَبْدًا قِيمَتُه مائةٌ، ووَصَّى لرجلٍ بالعَبْدِ، فسُرِقَتِ الدَّنانيرُ بعدَ المَوْتِ: فالعَبْدُ للمُوصَى له به.

٢٧٤٠ - مسألة: (وإن لم يَأْخُذْه زمانًا، قُوِّمَ وَقْتَ المَوْتِ لا وَقْتَ الأَخْذِ) وذلك لأنَّ الاعْتِبارَ فى قِيمَةِ الوصيةِ وخُرُوجِها مِن الثُّلُثِ أو[1]

الإنصاف

بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ - بلا نِزاعٍ - وإنْ تَلِفَ المالُ كُلُّه غيرَه، بعدَ مَوْتِ المُوصِى، فهو للمُوصَى له. بلا نِزاعٍ.

قوله: وإنْ لم يأْخُذْه زَمانًا، قُوِّمَ وَقْتَ الموتِ لا وَقْتَ الأَخْذِ. يعْنِى، إذا

---

(١) فى م: «و».

الشرح الكبير

عَدَمِ خُرُوجِها ، بحالةِ المَوْتِ ؛ لأنَّها حالُ لُزُومِ الوصيةِ ، فتُعْتَبرُ قِيمَةُ المالِ فيها . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . فيُنْظَرُ كم كان المُوصَى به وَقْتَ المَوْتِ ، فإن كان ثُلُثَ التَّرِكَةِ أو دُونَه ، نَفَذَتِ الوصيةُ ، واسْتَحَقَّه المُوصَى له كلَّه . فإن زادت قِيمَتُه حتى صار مُعادِلًا لسائرِ المالِ[1] أو أكْثَرَ منه ، أو هَلَكَ المالُ كلُّه سِواه ، فهو للمُوصَى له ، ولا شيءَ للورثةِ فيه . فإن كان حينَ المَوْتِ زائِدًا عن الثُّلُثِ ، فللمُوصَى له منه قَدْرُ ثُلُثِ المالِ . فإن كان نِصْفَ المالِ ، فللمُوصَى له ثُلُثاه . وإن كان ثُلُثَيْه ، فللمُوصَى له نِصْفُه . وإن كان نِصْفَ المالِ وثُلُثَه ، فللمُوصَى له خُمْساه . فإن نَقَص بعدَ ذلك أو زاد ، أو نَقَص سائِرُ المالِ أو زاد ، فليس للمُوصَى له سِوَى ما كان له[2] حينَ المَوْتِ . فلو وَصَّى بعَبْدٍ قِيمَتُه مائةٌ وله مائتان ، فزَادَتْ قِيمَتُه بعدَ المَوْتِ حتى صار يُساوى

الإنصاف

أوْصَى له بشيءٍ معَيَّنٍ فنَما . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا ، نصَّ عليه في رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . وقطَع به الخِرَقِيُّ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : قوْلُ الخِرَقِيِّ هو قوْلُ قُدماءِ الأصحابِ ، وهو أوْجَهُ مِن قوْلِ الجدِّ . يعْنِي الآتِيَ . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . وقال في « المُحَرَّرِ » : إنْ قُلْنا : يمْلِكُه بالمَوتِ . اعْتُبِرَتْ قِيمَتُه مِنَ التَّرِكَةِ بسِعْرِه يومَ المَوْتِ ، على أدْنَى صِفاتِه مِن يومِ المَوْتِ إلى القَبُولِ ، سِعْرًا وصِفَةً . انتهى . فبَنَى ذلك على أنَّ المِلْكَ بينَ المَوْتِ

---

(١) في م : « الأموال » .

(٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ سِوَى الْمُعَيَّنِ إِلَّا مَالٌ غَائِبٌ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ مُوسِرٍ أَوْ مُعْسِرٍ، فَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ الْمُوصَى بِهِ. وَكُلَّمَا اقْتُضِيَ مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ، أَوْ حَضَرَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ مَلَكَ مِنَ الْمُوصَى بِهِ قَدْرَ ثُلُثِهِ حَتَّى يَمْلِكَهُ كُلَّهُ، ....

الشرح الكبير

مائتَيْن ، فهو للمُوصَى له كلُّه . وإن كانت قِيمَتُه حينَ المَوْتِ مائتَيْن ، فللمُوصَى له ثُلُثاه ؛ لأنَّهما ثُلُثُ المالِ . فإن نَقَصَتْ قِيمَتُه بعدَ المَوْتِ حتى صار يُساوِى مائةً ، لم يَزِدْ حَقُّ المُوصَى له عن ثُلُثَيْه شيئًا إلَّا أن يُجِيزَ الورثةُ . وإن كانت قِيمَتُه أرْبَعمائةٍ ، فللمُوصَى له نِصْفُه ، لا يَزْدادُ حَقُّه عن ذلك ، سَواءٌ نَقَص العَبْدُ أو زاد .

٢٧٤١ – مسألة : (فإن لم يكنْ له سِوَى المُعَيَّنِ إلَّا مالٌ غائبٌ ، أو دَيْنٌ فى ذِمَّةِ مُوسِرٍ أو مُعْسِرٍ ، فللمُوصَى له ثُلُثُ المُوصَى به . وكلَّما اقْتُضِيَ مِن الدَّيْنِ شيءٌ ، أو حَضَر مِن الغائِبِ ، مَلَك مِن المُوصَى به قَدْرَ ثُلُثِه ، حتى يَمْلِكَه كلَّه) وجملةُ ذلك ، أنَّ مَن وَصَّى بمُعَيَّنٍ حاضِرٍ ، وسائِرُ مالِه دَيْنٌ أو غائبٌ ، فليس للوَصِيِّ أخذُ المُعَيَّنِ قبلَ قُدُومِ الغائِبِ وقَبْضِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّه رُبَّما تَلِف ، فلا تَنْفُذُ الوصيةُ فى المُعَيَّنِ كُلِّه ، ويَأْخُذُ الوَصِيُّ مِن المُعَيَّنِ ثُلُثَه . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، ذَكَرَه فى المُدَبَّرِ . وقِيلَ :

الإنصاف

والقَبُولِ ؛ هل هو للمُوصَى له ، أو للوَرَثَةِ ؟ على ما تقدَّم فى كتابِ الوَصايا ، فى الفَوائدِ المَبْنِيَّةِ على قَوْلِه : وإنْ قَبِلَها بعدَ المَوْتِ ، ثبَت المِلْكُ حينَ القَبُولِ . وذكَرْنا هذا هناك أيضًا .

قوله : وإنْ لم يكُنْ له شَيءٌ سِوَى المُعَيَّنِ إلَّا مالٌ غائِبٌ ، أو دَيْنٌ فِى ذِمَّةِ

الشرح الكبير

لا يُدْفَعُ إليه شيءٌ ؛ لأنَّ الورثةَ شُرَكاؤُه فى التَّرِكَةِ ، فلا يَحْصُلُ له شيءٌ ما لم يَحْصُلْ للورثةِ[1] مِثْلاه ، ولم يَحْصُلْ لهم شيءٌ . وهذا وَجْهٌ لأصْحابِ الشافعىِّ . والصحيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ حَقَّه فى الثُّلُثِ مُسْتَقِرٌّ ، فوَجَبَ تَسْلِيمُه إليه ؛ لعَدَمِ الفائِدَةِ فى وَقْفِه ، كما لو لم يُخَلِّفْ غيرَ المُعَيَّنِ ، ولأنَّه لو تَلِف سائِرُ المالِ [٥/٢٠٠ و] لوَجَبَ تَسْلِيمُ ثُلُثِ المُعَيَّنِ إلى الوَصِىِّ ، وليس تَلَفُ المالِ سَبَبًا لاسْتِحْقاقِ الوصيةِ وتَسْلِيمِها ، ولا يَمْتَنِعُ نُفوذُ الوصيةِ فى الثُّلُثِ المُسْتَقِرِّ وإن لم يَنْتفِعِ الورثةُ بشىءٍ ، كما لو أبْرَأَ مُعْسِرًا مِن دَيْنٍ عليه . وقال مالكٌ : يُخَيَّرُ الورثةُ بينَ دَفْعِ العَيْنِ المُوصَى بها ، وبينَ جَعْلِ وَصِيتِه ثُلُثَ المالِ ؛ لأنَّ المُوصِىَ كان له أن يُوصِىَ بثُلُثِ مالِه ، فعَدَلَ إلى المُعَيَّنِ ، وليس له ذلك ؛ لأنه يُؤَدِّى إلى أن يَأْخُذَ المُوصَى له المُعَيَّنَ ، فيَنْفَرِدَ بالتَّرِكَةِ على تَقْدِيرِ تَلَفِ الباقِى قبلَ وُصولِه إلى الورثةِ ، فيُقالُ للورثةِ : إن رَضِيتُم بذلك ، وإلَّا فعُودُوا إلى ما كان له أن يُوصِىَ به ، وهو الثُّلُثُ . ولَنا ، أنَّه أوْصَى بما لا يَزِيدُ على الثُّلُثِ لأجْنَبِىٍّ ، فوَقَعَ لازِمًا ، كما لو وَصَّى له بمُشَاعٍ . وما قالَه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ جَعْلَ حَقِّه فى قَدْرِ الثُّلُثِ إشاعَةٌ وإبْطالٌ لِما عَيَّنَه ، فلا يجوزُ إسْقاطُ ما عَيَّنَه المُوصِى للمُوصَى له ونَقْلُ حَقِّه إلى ما لم يُوصِ به ، كما لو وَصَّى له بمُشَاعٍ ، لم يَجُزْ نَقْلُه إلى مُعَيَّنٍ ، وكما لو كان المالُ كلُّه حاضِرًا أو غائِبًا . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ للمُوصَى له ثُلُثَ العَيْنِ الحاضِرَةِ ، وكُلَّما اقْتُضِىَ مِن دَيْنِه شىءٌ أو حَضَر

الإنصاف

مُوسِرٍ أو مُعْسِرٍ ، فَللمُوصَى له ثُلُثُ المُوصَى به ، [٢/٢٧٥ظ] وكُلَّما اقْتُضِىَ مِنَ

---

(١) فى م : « الورثة » .

المقنع وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِى الْمُدَبَّرِ .

الشرح الكبير مِن الغائِبِ شيءٌ ، فللمُوصَى له بقَدْرِ ثُلُثِه مِن المُوصَى به كذلك ، حتى يَكْمُلَ للمُوصَى له الثُّلُث ، أو يَأْخُذَ المُعَيَّنَ كلَّه . فلو خَلَّفَ تِسْعَةً عَيْنًا ، وعِشْرين دَيْنًا [1] ، وابنًا ، ووَصَّى بالتِّسْعَةِ لرجل ، فللوصيِّ ثُلُثُها ثلاثةٌ ، وكلَّما اقْتُضِىَ مِن الدَّيْنِ شىءٌ ، فللوصيِّ ثُلُثُه ، فإذا اقْتُضِىَ ثُلُثُه فله مِن التسعةِ واحِدٌ ، حتى يُقْتَضَى ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، فتَكْمُلُ له التِّسْعَةُ . فإن جَحَد الغَرِيمُ ، أو مات ، أو يَئِسَ مِن اسْتِيفاءِ الدَّيْنِ ، أخَذَ الورثةُ السِّتَّةَ الباقِيَةَ مِن العَيْنِ . ولو كان الدَّيْنُ تِسْعَةً ، فإنَّ الابنَ يَأْخُذُ ثُلُثَ العَيْنِ ، ويَأْخُذُ الوَصِىُّ ثُلُثَها ، ويَبْقَى ثُلُثُها مَوْقُوفًا ، كلَّما اسْتُوفِىَ مِن الدَّيْنِ شىءٌ ، فللوَصِىِّ مِن العَيْنِ قَدْرُ ثُلُثِه ، فإذا اسْتُوفِىَ الدَّيْنُ كلُّه ، كُمِّل للمُوصَى له سِتَّةٌ ، وهى ثُلُثُ الجَمِيعِ . وإن كانتِ الوصيةُ بِنِصْفِ العَيْنِ ، أخَذَ الوَصِىُّ ثُلُثَها ، وأخَذَ الابنُ نِصْفَها ، وبَقِىَ سُدْسُها مَوْقُوفًا ، فمتى اقْتَضَى مِن الدَّيْنِ مِثْلَيْه، كُمِّلَتْ وَصِيَّتُه .

٢٧٤٢ – مسألة : (وكذلك الحُكْمُ فى المُدَبَّرِ) فى أنَّه يَعْتِقُ فى

الإنصاف الدَّيْنِ شَىءٌ ، أو حضَر مِنَ الغائِبِ شَىءٌ ، مَلَك مِنَ المُوصَى به بقَدْرِ ثُلُثِه حتى يمْلِكَه كُلَّه ، وكذلك الحُكْمُ فى المُدَبَّرِ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه . وذكَرَه

---

(١) فى م : « دينارا » .

الشرح الكبير

الحالِ ثُلُثُه ، وكلَّما اقْتُضِىَ مِن الدَّيْنِ شىءٌ أو حَضَر مِن الغائِبِ شىءٌ ، عَتَقَ منه بقَدْرِ ثُلُثِه ، حتى يَعْتِقَ جَمِيعُه إن خَرَج مِن الثُّلُثِ .

فصل : فإن كان الدَّيْنُ مِثْلَ العَيْنِ ، فوَصَّى لرجلٍ بثُلُثِه ، فلا [٢٠٠/٥ ظ] شىءَ له قبلَ اسْتِيفائِه ، فكلَّما اقْتُضِىَ منه شىءٌ ، فله ثُلُثُه ، وللابنِ ثُلُثاه . وهذا أحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وقال فى الآخَرِ : هو أحَقُّ بما يَخْرُجُ مِن الدَّيْنِ ، حتى يَسْتَوْفِىَ وَصِيَّته . وهذا قولُ أهْلِ العِراقِ ؛ لأنَّ ذلك يَخْرُجُ مِن ثُلُثِ المالِ الحاضِرِ . ولَنا ، أنَّ الورثةَ شُرَكاؤُه فى الدَّيْنِ ، وليس له معهم شَرِكَةٌ فى العَيْنِ ، فلا يَخْتَصُّ بما يَخْرُجُ منه دُونَهم ، كما لو كان شَرِيكُه فى الدَّيْنِ وَصِيًّا آخَرَ ، وكما لو وَصَّى لرجلٍ بالعَيْنِ ولآخَرَ بالدَّيْنِ ، (١)فإنَّ المُنْفَرِدَ(١) بوصيةِ الدَّيْنِ لا يَخْتَصُّ بما خَرَج منه دُونَ صاحِبِه ، كذا هـٰهُنا .

فصل : ولو وَصَّى لرجلٍ بثُلُثِ مالِه ، وله مائتانِ دَيْنًا ، وعَبْدٌ يُساوِى مائةً ، ووَصَّى لآخَرَ بثُلُثِ العَبْدِ ، اقْتَسَما ثُلُثَ العَبْدِ نِصْفَيْن ، وكلَّما اقْتُضِىَ مِن الدَّيْنِ شىءٌ ، فللمُوصَى له بثُلُثِ المالِ رُبْعُه ، وله وللآخَرِ مِن العَبْدِ بقَدْرِ رُبْعِ ما اسْتُوفِىَ بينَهما نِصْفَيْن . فإذا اسْتُوفِىَ الدَّيْنُ كلُّه ، كُمِّلَ

الإنصاف

الخِرَقِىُّ فى المُدَبَّرِ . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، و « الحارِثِىِّ » . وقال : قالَه الأصحابُ . وصحَّحه . وقيل : لا يُدْفَعُ إليه شىءٌ ، بل يُوقَفُ ؛ لأنَّ الوَرَثَةَ شُرَكاؤُه فى التَّرِكَةِ ، فلا يحْصُلُ له شىءٌ ما لم يحْصُلْ للوَرَثَةِ مِثْلاه . قلتُ : وهذا

(١ - ١) فى م : « فالمنفرد » .

الشرح الكبير

للوَصِيَّيْن نِصْفُ العَبْدِ ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ رُبْعُ المائَتَيْن ، وذلك هو ثُلُثُ المالِ . وإنِ اسْتُوفِيَ الدَّيْنُ قبلَ القِسْمَةِ ، قُسِما بينَهما كذلك ، للمُوصَى له بثُلُثِ[1] العَبْدِ رُبْعُه ؛ لأنَّ للوَصِيَّيْن[2] أرْبَعَةَ أتْساعِ المالِ ، والجائِزُ منهما[3] ثُلُثُ المالِ ، وهو ثلاثةُ أتْساعٍ ، وذلك ثلاثةُ أرْباعِ وَصِيَّتِهما ، فرَدَدْنا كلَّ واحِدٍ منهما إلى ثلاثةِ أرْباعِ وَصِيتِه ، وهى رُبْعُ المالِ كُلِّه لصاحِبِ ثُلُثِه ، ورُبْعُ العَبْدِ لصاحِبِ ثُلُثِه . وفى المسألةِ أقوالٌ سِوَى ما قُلْناه ، تَرَكْناها لطُولِها ، وهذا أسَدُّهَا ، إن شاء اللهُ ؛ لأنَّنا أدْخَلْنا النَّقْصَ على كلِّ واحِدٍ منهما بقَدْرِ ما له فى الوصيةِ ، وكَمَّلْنا لهما الثُّلُثَ ، فإن أُجيزَ لهما أخَذَ كلُّ واحِدٍ منهما ما بَقِيَ مِن وصيتِه ، وهو رُبْعُها ، فيُكَمَّلُ ثُلُثُ المالِ لصاحِبه ، وثُلُثُ العَبْدِ للآخَرِ .

فصل : وإن خَلَّفَ ابْنَيْن ، وتَرَك عَشَرَةً عَيْنًا ، وعَشَرَةً دَيْنًا على أحَدِ ابْنَيْه ، وهو مُعْسِرٌ ، ووَصَّى لأجْنَبِيٍّ بثُلُثِ مالِه ، فإن الوَصِيَّ والابنَ الذى

الإنصاف

بعيدٌ جدًّا ؛ فإنَّه إذا أخَذ ثُلُثَ هذا المُعَيَّنِ ، يَبْقَى ثُلُثاه ، فإنْ لم يحْصُلْ مِنَ المالِ الغائبِ والدَّيْنِ شيءٌ ألْبَتَّةَ ، فللوَرَثَةِ الباقِى مِن هذا المُوصَى به ، فما يحْصُلُ للمُوصَى له شيءٌ إلَّا وللوَرَثَةِ مِثْلاه . غايَتُه أنَّه غيرُ مُعَيَّنٍ ، ولا يضُرُّ ذلك . فعلى المذهبِ ، تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الحاصِلِ بسِعْرِه يومَ المَوْتِ على أدْنَى صِفَتِه ، مِن يومِ المَوْتِ إلى يومِ الحُصولِ .

---

(١) فى م : « ثلث » .

(٢) فى المغنى ٥٧٦/٨ : « الوصيتين » .

(٣) فى الأصل : « منها » .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلُثِ عَبْدٍ ، فَاسْتُحِقَّ ثُلُثَاهُ ، فَلَهُ الثُّلُثُ الْبَاقِى ، وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلُثِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ ، فَاسْتَحَقَّ اثْنَانِ مِنْهُمْ أَوْ مَاتَا ،

الشرح الكبير

لا دَيْنَ عليه يَقْتَسِمان العَشَرَةَ العَيْنَ نِصْفَيْن ، ويَسْقُطُ عن المَدِينِ ثُلُثا دَيْنِه ، ويَبْقَى لهما عليه ثُلُثُه . فإن كانت الوصيةُ بالرُّبْعِ ، قُسِمَتِ العَشَرَةُ العَيْنُ بينَهما أخماسًا ، للوَصِىِّ خُمْساها أرْبَعَةٌ ، وللابْنِ سِتَّةٌ ، وسَقَطَ عن المَدِينِ ثلاثةُ أرْباعِ دَيْنِه ، وبَقِىَ عليه رُبْعُه ، فإذا اسْتُوفِىَ قُسِمَ بينَهما أخماسًا ، كما قُسِمَتِ العَيْنُ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ بالرُّبْعِ ، وهو ثُمْنانِ ، ويَبْقَى سِتَّةُ أثْمانٍ ، لكلِّ ابْنٍ ثلاثةُ أثْمانٍ ، فصار نَصِيبُ الوَصِىِّ والابْنِ الذى لا دَيْنَ عليه خَمْسَةَ أثْمانٍ ، للابنِ ثلاثةٌ ، [٥/٢٠١ و] وللوَصِىِّ سَهْمان ، فلذلك قَسَمْنا العَيْنَ وما حَصَل لهما مِن الدَّيْنِ بينَهما[1] أخْماسًا ، وسَقَط عن المَدِينِ ثلاثةُ أرْباعِ ما عليه ؛ لأنَّ له ثلاثةَ أثْمانٍ ، وهى ثلاثةُ أرْباعِ النِّصْفِ الذى عليه .

فصل : ونَماءُ العَيْنِ المُوصَى بها إن كان مُتَّصِلًا تَبِعَها ، وهو للمُوصَى له . وإن كان مُنْفَصِلًا فى حَياةِ المُوصِى ، فهو له ، يكونُ مِيراثًا . وإن حَدَث بعدَ المَوْتِ قبلَ القَبُولِ ، فهو للورثةِ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ . وقيل : للوَصِىِّ . وقد ذَكَرْناه .

٢٧٤٣ – مسألة : (وإن وَصَّى له بثُلُثِ عَبْدٍ ، فاسْتُحِقَّ ثُلُثاه ، فله الثُّلُثُ الباقِى . وإن وَصَّى له بثُلُثِ ثلاثةِ أعْبُدٍ ، فاسْتُحِقَّ اثْنان منهم أو ماتا ،

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى له بثُلُثِ عَبْدٍ ، فاسْتُحِقَّ ثُلُثاه ، فله الثُّلُثُ الباقِى . يَعْنِى ، إذا

---

(١) سقط من : م .

المقنع **فَلَهُ ثُلُثُ الْبَاقِى .**

الشرح الكبير فله ثُلُثُ الباقِى) إذا وَصَّى له بمُعَيَّنٍ ، فاسْتُحِقَّ بعضُه ، فله ما بَقِىَ منه إن حَمَلَه الثُّلُثُ ، فإذا وَصَّى له بثُلُثِ عَبْدٍ أو دارٍ ، فاسْتُحِقَّ الثُّلُثانِ منه ، فالثُّلُثُ الباقِى للمُوصَى له . وهو قولُ الشافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ الباقِىَ كلَّه مُوصًى به ، وقد خَرَج مِن الثُّلُثِ ، فاسْتَحَقَّه المُوصَى له ، كما لو كان شيئًا مُعَيَّنًا . وإن وَصَّى له بثُلُثِ ثلاثةِ أعْبُدٍ ، فهَلَكَ عَبْدان أو اسْتُحِقّا ، فليس له إلَّا ثُلُثُ الباقِى . وبه قال الشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه لم يُوصِ له مِن الباقِى بأكْثَرَ مِن ثُلُثِه ، وقد شَرَّكَ بينَه وبينَ وَرَثَتِه فى اسْتِحْقاقِه .

الإنصاف خرَج مِن ثُلُثِ التَّرِكَةِ . قالَه الأصحابُ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : له ثُلُثُ ثُلُثِه ، لا غيرُ .

تنبيه : مِثْلُ ذلك ، إذا أوْصَى بثُلُثِ صُبْرَةٍ مِن مَكِيلٍ أو مَوْزونٍ ، فتَلِفَ ، أوِ اسْتُحِقَّ ثُلُثاها ، خِلافًا ومذهبًا .

قوله : وإنْ وَصَّى له بثُلُثِ ثَلاثَةِ أَعْبُدٍ ، فاسْتُحِقَّ اثْنان ، أَو ماتا ، فله ثُلُثُ الباقِى . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . وقيل : جَميعُه له ، إذا لم يُجاوِزْ ثُلُثَ قِيمَتِها .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى بِمُعَيَّنٍ بِقَدْرِ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فَهَلْ تُحْسَبُ الدِّيَةُ عَلَى مَالِهِ ، وَمِلْكُهُ غيرَ العَبْدِ مِائَتَانِ ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلُثُ الْمِائَتَيْنِ وَرُبْعُ الْعَبْدِ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ . فَإِنْ رَدُّوا ، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سُدْسُ الْمِائَتَيْنِ وَسُدْسُ الْعَبْدِ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ [١٦٧و] بِالْعَبْدِ نِصْفُهُ . وَعِنْدِى أَنَّهُ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ مَا لَهُمَا فِى حَالِ الْإِجَازَةِ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ خُمْسُ الْمِائَتَيْنِ وَعُشْرُ الْعَبْدِ وَنِصْفُ عُشْرِهِ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ رُبْعُهُ وَخُمْسُهُ .

الشرح الكبير

٢٧٤٤ – مسألة : (وإن وَصَّى له بعَبْدٍ لا يَمْلِكُ غيرَه ، قِيمَتُه مائةٌ ، ولآخَرَ بثُلُثِ مالِه ، ومِلْكُه غيرَ العَبْدِ مائتانِ ، فأجازَ الورثةُ ، فللمُوصَى له بالثُّلُثِ ثُلُثُ المائتَيْن ورُبْعُ العَبْدِ ، وللمُوصَى له بالعَبْدِ ثلاثةُ أرْباعِه . وإن رَدُّوا ، فقال الخِرَقِيُّ : للمُوصَى له بالثُّلُثِ سُدْسُ المائتَيْن وسُدْسُ العَبْدِ ، وللمُوصَى له بالعَبْدِ نِصفُه) قال شيخُنا : (وعندِى أنَّه يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينَهما على حَسَبِ ما لهما فى حالِ الإجازَةِ ، لصاحِبِ الثُّلُثِ خُمْسُ المائتَيْن وعُشْرُ العَبْدِ ونِصْفُ عُشْرِه ، ولصاحِبِ العَبْدِ رُبْعُه وخُمْسُه) وجملةُ ذلك ، أنَّه

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى له بعَبْدٍ لا يمْلِكُ غيرَه ، قِيمَتُه مِائةٌ ، ولآخَرَ بثُلُثِ مالِه ، ومِلْكُه غيرَ العَبْدِ مِائَتان ، فأَجازَ الوَرَثَةُ ، فللمُوصَى له بالثُّلُثِ ثُلُثُ المِائتَيْن ورُبْعُ العَبْدِ ، وللمُوصَى له بالعَبْدِ ثَلاثَةُ أَرْباعِه . وهذا المذهبُ ، أعْنِى فى المُزاحَمةِ فى العَبْدِ ، وعليه الأصحابُ ؛ الخِرَقِيُّ ، فمَن بعدَه . قال الشَّارِحُ : وهو قولُ سائرِ

الشرح الكبير

إذا وصَّى لرجلٍ بمُعَيَّنٍ مِن مالِه ، ولآخَرَ بجُزْءٍ مُشاعٍ منه كثُلُثِه ، فأُجِيزَ لهما ، انْفَرَدَ صاحِبُ المُشاعِ بوَصِيَّتِه مِن غيرِ المُعَيَّنِ ، ثم شارَكَ صاحِبَ المُعَيَّنِ فيه ، فيُقْسَمُ بينَهما على قَدْرِ حَقَّيْهما[1] فيه ، ويَدْخُلُ النَّقْصُ على كلِّ واحِدٍ منهما بقَدْرِ ما لَه في الوصيةِ ، كمسائِلِ العَوْلِ ، وكما لو وَصَّى لرجلٍ بمالِه ولآخَرَ بجُزْءٍ منه . فأمّا في حالِ الرَّدِّ ، فإن كانت وَصِيَّتُهما لا تُجاوِزُ الثُّلُثَ ، مِثْلَ أن يُوصِيَ لرجلٍ بسُدْسِ مالِه ، ولآخَرَ بمُعَيَّنٍ قِيمَتُه سُدْسُ المالِ ، فهي كحالةِ الإجازَةِ سَواءٌ ، إذ لا أثَرَ للرَّدِّ . وإن جاوَزَتِ الثُّلُثَ ، رَدَدْنا وَصِيَّتَهما إلى الثُّلُثِ ، وقَسَّمْناه بينَهما على قَدْرِ وَصِيَّتَيْهما ، [٢٠١/٥ ظ] إلَّا أنَّ صاحِبَ المُعَيَّنِ يَأْخُذُ نَصِيبَه مِن المُعَيَّنِ ، والآخَرَ يَأْخُذُ حَقَّه مِن جَمِيعِ المالِ . هذا قولُ الخِرَقِيِّ ، وسائِرِ الأصْحابِ . ويَقْوَى عِندِي أنَّهما في حالِ الرَّدِّ يَقْتَسِمانِ الثُّلُثَ ، على حَسَبِ ما لَهما في حالِ الإجازَةِ . وهذا قولُ ابنِ أبي لَيْلَى . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، في الرَّدِّ : يَأْخُذُ صاحِبُ المُعَيَّنِ نَصِيبَه منه ، ويَضُمُّ الآخَرُ سِهَامَه إلى سِهامِ الورثةِ ، ويَقْتَسِمُون الباقِيَ على خَمْسَةٍ ، في مِثْلِ مسألةِ الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّ له السُّدْسَ ، وللورثةِ أرْبَعَةُ أسْداسٍ . وهو مِثْلُ قولِ

الإنصاف

الأصحابِ . قال ابنُ رَجَبٍ : وتَبِعَ الخِرَقِيَّ على ذلك ابنُ حامِدٍ ، والقاضى ، والأصحابُ . ثم قال : فهذا قد يُحْمَلُ على ما إذا كانتِ الوَصِيَّتان في وَقْتَيْن مُخْتَلِفَيْن . ولا إشْكالَ على هذا . وإنْ حُمِلَ على إطْلاقِه ، وهو الذى اقْتَضاه كلامُ

---

(١) في الأصل : « حقهما » .

الشرح الكبير

الخِرَقِىِّ ، إلَّا أنَّ الخِرَقِىَّ يُعْطِيه السُّدْسَ مِن جَمِيعِ المالِ ، وعندَهما أنَّه يأْخُذُ خُمْسَ المائَتَيْن وعُشْرَ العَبْدِ . واتَّفَقُوا على أنَّ كلَّ واحِدٍ مِن الوَصِيَّيْن يَرْجِعُ إلى نِصْفِ وصيتِه ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما قد أوْصَى له بثُلُثِ المالِ ، وقد رَجَعَتِ الوَصِيَّتانِ إلى الثُّلُثِ ، وهو نِصْفُ الوَصِيَّتَيْن ، فيَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ إلى نِصْفِ وصيتِه ، ويَدْخُلُ النَّقْصُ على كلِّ واحِدٍ منهما بقَدْرِ ما لَه فى الوصيةِ . وفى قولِ الخِرَقِىِّ يأْخُذُ سُدْسَ الجَمِيعِ ؛ لأنَّه وَصَّى له بثُلُثِ الجَمِيعِ . وأمّا فى قولِ شيخِنا ، فإنَّ وصيةَ صاحِبِ العَبْدِ دُونَ وصيةِ صاحِبِ الثُّلُثِ ؛ لأنَّه وَصَّى له بشيءٍ شَرَّكَ معه غيرَه فيه ، وصاحِبُ الثُّلُثِ[1] أفرَدَه[2] بشيءٍ لم يُشارِكْه فيه غيرُه ، فوَجَبَ أن يُقْسَمَ بينَهما الثُّلُثُ حالَةَ الرَّدِّ على حَسَبِ ما لَهما فى حالِ الإِجازَةِ ، كما فى سائرِ الوصايا . ففى هذه المسألةِ ، لصاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ المائتَيْن سِتَّةٌ وسِتُّون وثُلُثان ، لا يُزَاحِمُه الآخَرُ فيها ، ويَشْتَرِكان فى العَبْدِ ، لهذا ثُلُثُه ، وللآخَرِ جَميعُه ، فابْسُطْه مِن جِنْسِ الكَسْرِ ، وهو الثُّلُثُ ، يَصِرِ العَبْدُ ثلاثةً ، واضْمُمْ إليها الثُّلُثَ الذى للآخَرِ ، يَصِرْ أرْبعةً ، ثم اقْسِمِ العَبْدَ على أربعةِ أسْهُمٍ ، يَصِرِ

الإنصاف

الأكْثَرِين ، فهو وَجْهٌ آخَرُ . ثم قال : ونُصوصُ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وأُصولُه مُخالِفَةٌ لذلك . ثم قال : وقد ذكَر ابنُ حامِدٍ ، أنَّ الأصحابَ اسْتَشْكَلُوا مَسْأَلةَ الخِرَقِىِّ ، وأنْكَرُوها عليه ، ونَسَبُوه إلى التَّفَرُّدِ بها . ذكَر ذلك فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةَ عَشْرَةَ بعدَ المِائَةِ » .

---

(١) فى م : « السدس » .

(٢) فى م : « أفزد » .

الشرح الكبير

الثُّلُثُ رُبْعًا ، كما فى مسائلِ العَوْلِ . وفى حالِ الرَّدِّ تُرَدُّ وَصِيَّتهما إلى ثُلُثِ المالِ ، وهو نِصْفُ وَصِيَّتَيْهما ، فيَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ إلى نِصْفِ وصيتِه ، فيَرْجِعُ صاحِبُ الثُّلُثِ إلى سُدْسِ الجَميعِ ، ويَرْجِعُ صاحِبُ العَبْدِ إلى نِصْفِه . وفى قولِ شيخِنا : تَضْرِبُ مَخْرَجَ الثُّلُثِ فى مَخْرَجِ الرُّبْعِ ، يَكُن اثْنَىْ عَشَرَ ، ثم فى ثلاثةٍ ، تكنْ سِتَّةً وثَلاثينَ ، فلصاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ المائَتَيْن ، وهو ثمانيةٌ[1] ، ورُبْعُ العَبْدِ ، وهو ثلاثةُ أسْهُمٍ ، صار له أحَدَ عَشَرَ ، ولصاحِبِ العَبْدِ ثلاثةُ أرْباعِه ، وذلك تِسْعَةٌ ، فبضَمِّها إلى صاحِبِ الثُّلُثِ تَصِيرُ عِشْرِين سَهْمًا ، ففى حالِ الرَّدِّ يُجْعَلُ الثُّلُثُ عِشْرِين سَهْمًا ، والمالُ كلُّه سِتُّون ، فلصاحِبِ العَبْدِ تِسْعَةٌ مِن العَبْدِ ، [٥/٢٠٢ و] وهو رُبْعُه وخُمْسُه ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ ثمانيةٌ مِن الأرْبَعِين[2] ، وهى خُمْسُها ، وثُلُثُه مِن العَبْدِ وذلك عُشْرُه ونِصفُ عُشْرِه[3] .

الإنصاف

قوله : وإنْ رَدُّوا ، فقالَ الخِرَقِىُّ : للمُوصَى له بالثُّلُثِ سُدْسُ المِائَتَيْن وسُدْسُ العَبْدِ ، وللمُوصَى له بالعَبْدِ نِصْفُه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال الحارِثِىُّ : هو قولُ الخِرَقِىِّ ، ومُعْظَمِ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو قولُ جُمْهورِ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . قال المُصَنِّفُ : وعندِى أنَّه يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينَهما على حَسَبِ مالِهما فى حالِ الإجازَةِ ؛ لصاحِبِ الثُّلُثِ

---

(١) بعده فى المغنى ٥٢٧/٨ : « من أربعين » .

(٢) فى النسختين : « المائتين » . وانظر المغنى ٥٢٧/٨ .

(٣) فى م : « عشرة » .

المقنع

وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِالنِّصْفِ مَكَانَ الثُّلُثِ ، فَأَجَازُوا ، فَلَهُ مِائَةٌ وَثُلُثُ الْعَبْدِ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ ثُلُثَاهُ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبْعُ الْمِائَتَيْنِ وَسُدْسُ الْعَبْدِ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ ثُلُثُهُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لِصَاحِبِ النِّصْفِ خُمْسُ الْمِائَتَيْنِ وَخُمْسُ الْعَبْدِ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ خُمْسَاهُ ، وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَالطَّرِيقُ فِيهَا ، أَنْ تَنْظُرَ مَا حَصَلَ لَهُمَا فِى حَالِ

الشرح الكبير

٢٧٤٥ – مسألة : (وإن كانتِ الوصيةُ بالنِّصْفِ مَكانَ الثُّلُثِ فله) فى حالِ الإجازَةِ (مائةٌ وثُلُثُ العَبْدِ ، ولصاحِبِ العَبْدِ ثُلُثاه) وفى الرَّدِّ ، لصاحِبِ النِّصْفِ خُمْسُ المائَتَيْن وخُمْسُ العَبْدِ ، ولصاحِبِ العَبْدِ خُمْساه . هذا قولُ أبى الخَطَّابِ (وهو قِياسُ قولِ الخِرَقِىِّ) وعلى اخْتِيارِ شيخِنا ، لصاحِبِ النِّصْفِ رُبْعُ المائَتَيْن وسُدْسُ العَبْدِ ، ولصاحِبِ العَبْدِ ثُلُثُه . والطَّرِيقُ فيها ، أن يُنْسَبَ الثُّلُثُ إلى ما حَصَل لهما فى حالِ الإجازَةِ ،

الإنصاف

خُمْسُ المِائتَيْن ، وعُشْرُ العَبْدِ ، ونِصْفُ عُشْرِه ، ولصاحِبِ العَبْدِ رُبْعُه وخُمْسُه . وهو تَخْرِيجٌ فى « المُحَرَّرِ » . قال فى [١]« القاعِدَةِ الخامِسَةَ عَشْرَةَ بعدَ المِائَةِ[١] » ، وفى تخْرِيجِ صاحِبِ « المُحَرَّرِ » نظَرٌ ، وذكَرَه .

قوله : وإنْ كانتِ الوَصِيَّةُ بِالنِّصْفِ مكانَ الثُّلُثِ ، فرَدُّوا ، فلصاحِبِ النِّصْفِ رُبْعُ المِائتَيْنِ وسُدْسُ العَبْدِ ، ولصاحِبِ العَبْدِ ثُلُثُه . وهذا اخْتِيارُ المُصَنِّفِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . فوافقَ المُصَنِّفَ هنا ، وخالفَه فى التى قبلَها . وهو

(١ – ١) فى النسخ : « القاعدة الخامسة عشرة » .

المقنع

الْإِجَازَةِ فَتَنْسِبَ إِلَيْهِ ثُلُثَ الْمَالِ ، وَتُعْطِيَ كُلَّ وَاحِدٍ مِمَّا كَانَ لَهُ فِي الْإِجَازَةِ مِثْلَ نِسْبَةِ الثُّلُثِ إِلَيْهِ . وَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، تَنْسِبُ الثُّلُثَ إِلَى وَصِيَّتِهِمَا جَمِيعًا ، وَتُعْطِي كُلَّ وَاحِدٍ مِمَّا لَهُ فِي الْإِجَازَةِ مِثْلَ تِلْكَ النِّسْبَةِ .

الشرح الكبير

ثم يُعْطَى كلُّ واحِدٍ ممّا حَصَل له فى الإجازَةِ ، مِثْلَ نِسْبَةِ الثُّلُثِ إليه (وعلى قولِ الخِرَقِيِّ ، يُنْسَبُ الثُّلُثُ إلى وَصِيَّتَيْهما جميعًا ، ثم يُعْطَى كلُّ واحِدٍ) فى الرَّدِّ مِثْلَ الخارجِ بالنِّسْبةِ . وبَيانُه فى هذه المسألةِ أنَّ نِسْبَةَ الثُّلُثِ إلى وَصِيَّتَيْهما بالخُمُسَيْن ؛ لأنَّ النِّصْفَ والثُّلُثَ خَمْسَةٌ مِن سِتَّةٍ ، فالثُّلُثُ خُمْساها ، فلصاحِبِ العَبْدِ خُمْسا العَبْدِ ؛ لأنَّه وَصِيَّتُه ، ولصاحِبِ النِّصْفِ الخُمْسُ ؛ لأنَّه خُمْسا وَصِيَّتِه . وعلى اخْتِيارِ شيخِنا ، قد حَصَل لهما فى الإجازَةِ الثُّلُثانِ ، ونِسْبَةُ الثُّلُثِ إليهما بالنِّصْفِ ، فلكلِّ واحِدٍ منهما ممّا حَصَل فى الإجازَةِ نِصْفُه ، وقد كان لصاحِبِ النِّصْفِ مِن المائتَيْن نِصْفُها ، فله رُبْعُها ، وكان له مِن العَبْدِ ثُلُثُه ، فصار له سُدْسُه ، وكان لصاحِبِ العَبْدِ ثُلُثاه ، فصار له ثُلُثُه .

فصل : فإن كانتِ المسألةُ بحالِها ، ومِلْكُه غيرَ العَبْدِ ثلاثمائةٍ ، ففى الإجازَةِ لصاحِبِ النِّصْفِ مائةٌ وخَمْسُون وثُلُثُ العَبْدِ ، ولصاحِبِ العَبْدِ ثُلُثاه . وفى الرَّدِّ ، لصاحِبِ النِّصْفِ تُسْعا المالِ كلِّه ، ولصاحِبِ العَبْدِ أربعة

الإنصاف

غريبٌ . وقال أبو الخَطَّابِ : لصاحِبِ النِّصْفِ خُمْسُ المِائتَيْن ، وخُمْسُ العَبْدِ ، ولصاحبِ العَبْدِ خُمْساه . وهو قِياسُ قولِ الخِرَقِيِّ . وهو الصَّحيحُ . قال الزَّرْكَشِيُّ : وهو قولُ الجُمْهورِ .

الشرح الكبير

أتساعِه على الوَجْهِ الأوَّلِ . وعلى اخْتِيارِ شيخِنا ، لصاحِبِ العَبْدِ ثُلُثُه وخُمْسُ تُسْعِه ، وللآخَرِ تُسْعُه وثُلُثُ خُمْسِه ، ومِن المالِ ثمانُونَ ، وهو رُبْعُها وسُدْسُ عُشْرِها . وإن وَصَّى لرجلٍ بجَمِيعِ مالِه ، ولآخَرَ بالعَبْدِ ، ففى الإجازَةِ ، لصاحِبِ العَبْدِ نِصْفُه ، والباقِى كلُّه للآخَرِ . وفى الرَّدِّ ، يُقْسمُ الثُّلُثُ بينَهما على خَمْسَةٍ ، لصاحِبِ العَبْدِ خُمْسُه ، وهو رُبْعُ العَبْدِ وسُدْسُ عُشْرِه ، وللآخَرِ أربعةُ أخْماسِه ، فله مِن العَبْدِ مِثْلُ ما حَصَل لصاحِبِه ، ومِن كلِّ مائةٍ مثلُ ذلك[1] ، وهو ثمانُون .

فصل : فلو خَلَّفَ عَبْدًا قِيمَتُه مائةٌ ، ومائتَيْن ، [٥/٢٠٢ ظ] ووَصَّى لرجلٍ بمائةٍ وبالعَبْدِ كلِّه ، ووَصَّى بالعَبْدِ لآخَرَ ، ففى حالِ الإجازَةِ يُقْسمُ العَبْدُ بينَهما نِصْفَيْن ، ويَنْفَرِدُ صاحِبُ المائةِ بنِصْفِ الباقِى . وفى الرَّدِّ ، للمُوصَى له بالعَبْدِ ثُلُثُه ، وللآخَرِ ثُلُثٌ وثُلُثُ المائةِ . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، لصاحِبِ العَبْدِ رُبْعُه ، وللآخَرِ رُبْعُه ونِصْفُ المائةِ ، يَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ منهما إلى نِصْفِ نَصِيبِه . فإن لم تَزِدِ الوَصِيَّتان على الثُّلُثِ ، كرجلٍ خَلَّفَ خَمْسَمائةٍ وعَبْدًا قِيمَتُه مائةٌ ، ووَصَّى بسُدْسِ مالِه لرجلٍ ، ولآخَرَ بالعَبْدِ ، فلا أثَرَ للرَّدِّ هـٰهُنا ، ويأْخُذُ صاحِبُ المُشاعِ سُدْسَ المالِ وسُبْعَ العَبْدِ ، وللآخَرِ سِتَّةُ أسْباعِه . فإن وَصَّى لصاحِبِ المُشاعِ بخُمْسِ المالِ ، فله مائةٌ وسُدْسُ العَبْدِ ، ولصاحِبِ العَبْدِ خَمْسَةُ أسْداسِه . ولا أثَرَ للرَّدِّ أيضًا ؛ لأنَّ الوَصِيَّتَيْن لا تَزِيدُ على ثُلُثِ المالِ .

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلِآخَرَ بِمِائَةٍ ، وَلِثَالِثٍ بِتَمَامِ الثُّلُثِ عَلَى الْمِائَةِ ، فَلَمْ يَزِدِ الثُّلُثُ [١٦٧ظ] عَلَى الْمِائَةِ ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ التَّمَامِ ، وَقَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ عَلَى قَدْرِ وَصِيَّتِهِمَا . وَإِنْ زَادَ عَلَى الْمِائَةِ ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ ، نَفَذَتِ الْوَصِيَّةُ عَلَى مَا قَالَ الْمُوصِى . وَإِنْ رَدُّوا ، فَلِكُلٍّ وَاحِدٍ نِصْفُ وَصِيَّتِهِ عِنْدِى . وَقَالَ الْقَاضِى : لَيْسَ لِصَاحِبِ التَّمَامِ شَىْءٌ حَتَّى تَكْمُلَ الْمِائَةُ لِصَاحِبِهَا ، ثُمَّ يَكُونُ

الشرح الكبير

٢٧٤٦ – مسألة : (وإن وَصَّى لرجل بثُلُثِ مالِه ، ولآخَرَ بمائةٍ ، ولثالِثٍ بتمامِ الثُّلُثِ على المائةِ ، فلم يَزِدِ الثُّلُثُ على المائةِ) وذلك إذا كان المالُ ثلاثمائةٍ (بَطَلَتْ وصيةُ صاحِبِ التَّمامِ) لأنَّه لم يُوصِ له بشىءٍ ، أشْبَهَ ما لو أوْصَى له بدارِه وليس له دارٌ ، ويُقْسَمُ الثُّلُثُ فى حالِ الرَّدِّ بين الوَصِيَّيْن (على قَدْرِ وصيَّتِهما . وإن زاد) الثُّلُثُ (على المائةِ) بأن يكونَ المالُ ستَّمائةٍ ، فأجازُوا (نَفَذَتِ الوصيةُ على ما قال المُوصِى) فيَأْخُذُ صاحِبُ الثُّلُثِ مائتَيْن ، وكلُّ واحدٍ مِن الوَصِيَّيْن مائةً (وإن رَدُّوا) ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يُرَدُّ كلُّ واحدٍ منهم إلى نِصْفِ وصيته ؛ لأنَّ الوصايا رَجَعَتْ إلى نِصْفِها ، فيَدْخُلُ النَّقْصُ على كلِّ واحدٍ بقَدْرِ ما له فى الوصيةِ ،

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى لرَجُلٍ بثُلُثِ مالِه ، ولآخَرَ بمائةٍ ، ولثالِثٍ بتَمامِ الثُّلُثِ على المِائَةِ ، فلم يزِدِ الثُّلُثُ – يعْنِى الثُّلُثَ الثَّانِىَ – عنِ المِائَةِ بَطَلَتْ وَصِيَّةُ صاحِبِ التَّمامِ ، وقُسِمَ الثُّلُثُ بينَ الآخَرَيْن على قَدْرِ وَصِيَّتِهما ، وإنْ زادَ على المِائَةِ ، فأجازَ الوَرَثَةُ ، نَفَذَتِ الوَصِيَّةُ على ما قالَ المُوصِى ، وإنْ رَدُّوا فلكُلِّ واحِدٍ نِصْفُ

المقنع

لَهُ مَا فَضَلَ عَنْهَا . وَيَجُوزُ أَنْ يُزَاحِمَ بِهِ وَلَا يُعْطِيَهُ ، كَوَلَدِ الْأَبِ مَعَ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ فِى مُزَاحَمَةِ الْجَدِّ .

الشرح الكبير

كسائرِ الوصايا . وهذا اخْتِيارُ شيخِنا . والثانِى ، لا شئَ لصاحِبِ التَّمامِ حتى تكْمُلَ المائةُ لصاحِبِها ، ثم يكونُ الثُّلُثُ بينَ الوَصِيَّيْنِ الآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ ، فلا يَحْصُلُ لصاحِبِ التَّمامِ إذا كان المالُ ستَّمائةٍ شئٌ . اخْتارَه القاضِى ؛ لأنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ بعدَ تَمامِ المائةِ لصاحِبِها ، ولم يَفْضُلْ هٰهُنا له شئٌ . قال : (ويجوزُ أن يُزاحِمَ به) ولا يُعْطَى شيئًا (كوَلَدِ الأبِ مع وَلَدِ الأبَوَيْن فى مُزاحَمَةِ الجَدِّ) يُزاحِمُ الجَدَّ بالأخِ مِن الأبِ ولا يُعْطِيه شيئًا . فإن كان المالُ تِسْعَمائةٍ وردَّ الورثةُ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، لصاحِبِ الثُّلُثِ مائةٌ وخَمْسُون ، ولصاحِبِ المائةِ خَمْسُون ، ولصاحِبِ التَّمامِ مائةٌ ؛ لأنَّ الوصيةَ كانت بالثُّلُثَيْن ، فرَجَعَتْ إلى الثُّلُثِ ، فرَدَدْنا كلَّ واحِدٍ منهم إلى نِصْفِ وصيته . وعلى الوَجْهِ الثانى ، [٢٠٣/٥ و] لصاحِبِ المائةِ مائةٌ ، لا يَنْقُصُ منها شئٌ ، ولصاحِبِ التَّمامِ خَمْسُونَ . وهذا اخْتِيارُ القاضى .

الإنصاف

وَصِيَّته عندِى . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وقال القاضى : ليس لصاحِبِ التَّمامِ شئٌ ، حتى تَكْمُلَ المِائَةُ لصاحِبِها ، ثم يكونَ له ما فَضَلَ عنها . ويجوزُ أن يُزاحِمَ به ، ولا يُعْطَى ، كوَلَدِ الأبِ مع وَلَدِ الأبَوين فى مُزاحَمَةِ الجَدِّ . قال الحارِثِىُّ : الأصحُّ ما قال القاضى . قال فى « الفُروعِ » : وقيل : إنْ جاوَزَ المِائتَيْن ، [٢٧٦/٢و] فللمُوصَى له بالثُّلُثِ نِصْفُ وَصِيَّته ، وللمُوصَى له بالمِائَةِ مِائَةٌ ، وللثَّالثِ نِصْفُ الزَّائدِ . وإنْ جاوَزَ مِائَةً ، فللمُوصَى له

الشرح الكبير

فصل : فإن تَرَك سِتَّمائةٍ ، ووصَّى لأَجْنَبِيٍّ بمائةٍ ، ولآخَرَ بتَمامِ الثُّلُثِ ، فلكُلٍّ واحدٍ منهما مائةٌ ، وإن رَدَّ الأوَّلُ وصيتَه ، فللآخَرِ مائةٌ . وإن وَصَّى للأوَّلِ بثَمانِين ، وللآخَرِ بباقى الثُّلُثِ ، فلا شىءَ للثانى ، سواءٌ رَدَّ الأوَّلُ وصيتَه أو أجازَها . وهذا قِياسُ قولِ الشافعىِّ وأهلِ البَصْرَةِ . وقال أهلُ العِراقِ : إن رَدَّ الأوَّلُ ، فللثانى مائتان فى المَسْألَتَيْن . ولَنا ، أنَّ المائتَيْن[1] لَيَسَتْ باقِىَ الثُّلُثِ ، ولا تَتِمَّتَه ، فلا يكونُ مُوصًى بها للثانى ، كما لو قَبِل[2] الأوَّلُ . ولو وَصَّى لوارِثٍ بثُلُثِه ، ولآخَرَ بتَمامِ الثُّلُثِ ، فلا شىءَ للثانِى . وعلى قولِ أهلِ العِراقِ ، له الثُّلُثُ كامِلًا .

الإنصاف

الأوَّلِ نِصْفُ وَصِيَّته ، وللمُوصَى له الثَّانِى بقِيَّةُ الثُّلُثِ مع مُعادَلَتِه بالثَّالثِ . انتهى . وقال فى « المُحَرَّرِ » : وعندِى تبْطُلُ وَصِيَّةُ التَّمامِ ههنا ، ويقْتَسِمُ الآخَران الثُّلُثَ ، كأنْ لا وَصِيَّةَ لغيرِهما ، كما إذا لم يُجاوِزِ الثُّلُثُ مِائةً . وأطْلَقهما فى « الشَّرْحِ » . وقيل : إنْ جاوَزَ الثُّلُثُ مِائتَيْن ، فللمُوصَى له بثُلُثِ مالِه نِصْفُ وَصِيَّته ، ولصاحِبِ المِائَةِ مِائَةٌ ، وللثَّالِثِ نِصْفُ الزَّائدِ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » .

---

(١) فى م : « المائة » .

(٢) فى م : « قتل » .

المقنع

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْأَنْصِبَاءِ وَالْأَجْزَاءِ

إِذَا وَصَّى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مُعَيَّنٍ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ مَضْمُومًا إِلَى الْمَسْأَلَةِ .

الشرح الكبير

بابُ الوصيةِ بالأنْصباءِ والأجْزاءِ

(إذا وَصَّى) لرجلٍ (بمِثْلِ نَصِيبِ وارثٍ مُعَيَّنٍ ، فله مِثْلُ نَصِيبِه مَضْمُومًا إلى المسألةِ) ومُزادًا عليها . هذا قولُ الجُمْهُورِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . وقال مالكٌ ، وابنُ أبي لَيْلَى ، وزُفَرُ ، وداودُ : يُعْطَى مِثْلَ نَصِيبِ المُعَيَّنِ ، أو مِثْلَ نَصِيبِ أحَدِهم - إن كانوا يَتَساوَوْنَ - مِن أصْلِ المالِ ، غيرَ مَزِيدٍ ، ويُقْسَمُ الباقِي بينَ الورثةِ ؛ لأنَّ نَصِيبَ الوارثِ قبلَ الوصيةِ مِن أصْلِ المالِ . فلو أوْصَى بمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِه ، وله ابنٌ واحدٌ ، فالوصيةُ بجَميعِ المالِ ، وإن كان له ابْنان ، فالوصيةُ بالنِّصْفِ . وإن كانوا ثلاثةً ، فله الثُّلُثُ . وقال مالكٌ : إن كانوا يَتَفاضَلُون ، نُظِرَ إلى عَدَدِ

الإنصاف

بابُ الوَصِيَّةِ بالأنْصِباءِ والأجْزاءِ

قوله : إذا وَصَّى بمثلِ نَصِيبِ وارثٍ مُعَيَّنٍ ، فله مثلُ نَصِيبِه مَضْمُومًا إلى المَسْأَلَةِ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وفى « الفُصولِ » احْتِمالٌ ، ولو لم يَرِثْه ذلك الذى أوْصَى بمِثْلِ نَصِيبِه ؛ لمانعٍ به ، مِن رِقٍّ وغيرِه . وقال فى « الفائقِ » : والمُخْتارُ ، له مثلُ نَصيبِ أحَدِهم غيرُ مُزادٍ ،

المقنع

فَإِذَا وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ ، وَلَهُ ابْنَانِ ، فَلَهُ الثُّلُثُ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَلَهُ الرُّبْعُ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ بِنْتٌ فَلَهُ التُّسْعَانِ .

وَإِنْ وَصَّى بِنَصِيبِ ابْنِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ .

الشرح الكبير

رُءُوسِهم ، فأُعْطِيَ سَهْمًا مِن عَدَدِهم ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اعْتِبارُ أنْصِبائِهم ، لتَفاضُلِهم ، فاعْتُبِرَ عَدَدُ رُءُوسِهم . ولَنا ، أنَّه جَعَل وارِثَه أصْلًا وقاعِدَةً ، حُمِلَ عليه نَصِيبُ المُوصَى له ، وجُعِلَ مِثْلًا له ، وهذا يُفْضِي إلى أن لا يُزادَ أحَدُهما على صاحِبِه ، ومتى أُعْطِيَ مِن أصلِ المالِ ، فما أُعْطِيَ مثل نَصِيبِه ، ولا حَصَلَتِ التَّسْوِيَةُ به ، والعِبارَةُ تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ .

٢٧٤٧ – مسألة : (فإذا وَصَّى) له (بمِثْلِ نَصِيبِ ابنِه ، وله ابْنانِ ، فله الثُّلُثُ ، وإن كانوا ثلاثةً فله الرُّبْعُ ، وإن كان معهم بِنْتٌ فله التُّسْعان) لأنَّ المسألةَ مِن سَبْعَةٍ ، لكلِّ ابنٍ سَهْمان ، ويُزادُ عليها مِثْلُ نَصِيبِ ابنٍ ، سَهْمان ، فتَصِيرُ تِسْعَةً ، فالاثْنان منها تُسْعاها .

٢٧٤٨ – مسألة : (وإن وَصَّى بنَصِيبِ ابنِه ، فكذلك فى أحَدِ الوَجْهَيْن) [٢٠٣/٥ ظ] تَصِحُّ الوصيةُ ، وتكونُ كما لو وَصَّى بمِثْلِ نَصِيبِ

الإنصاف

ويُقْسَمُ الباقِي ؛ فإذا وَصَّى بمِثْلِ نَصيبِ ابْنِه ، وله ابْنان ، فله الثُّلُثُ على المذهبِ ، وله النِّصْفُ على ما اخْتارَه فى « الفائقِ » ، ويُقْسَمُ النِّصْفُ الباقِي بينَ الابْنَيْن . وله قُوَّةٌ .

قوله : وإنْ وَصَّى له بنَصِيبِ ابْنِه ، فكذلك ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . يعْنِى ، له مِثْلُ

الشرح الكبير

ابْنٍ . وهذا قولُ مالكٍ ، وأهلِ المَدِينَةِ ، واللُّؤْلُؤِىِّ[1] ، وأهلِ البَصْرَةِ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وزُفَرَ ، وداودَ . والوَجْهُ الثانِى (لا تَصِحُّ الوصيةُ) . وهو الذى ذكَرَه القاضِى . وهو قولُ أصحابِ الشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ ، وصاحِبَيْه ؛ لأنَّه أوْصَى بما هو حَقٌّ للابْنِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بدارِ ابنى . و : بما يَأْخُذُه ابنى . ووَجْهُ الأوّلِ ، أنَّه أمْكَنَ تَصْحِيحُ وصيتِه بحَمْلِ لَفْظِه على مَجازِه ، فصَحَّ ، كما لو طَلَّقَ بلَفْظِ الكِنايَةِ أو أعْتَقَ . وبَيانُ إمْكانِ التَّصْحِيحِ ، أنَّه أمْكَنَ حَذْفُ المُضافِ وإقامةُ المُضافِ إليه مُقامَه ، أى بمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِى . ولأنَّه لو أوْصَى بجَمِيعِ مالِه ، صَحَّ ، وإن تَضَمَّنَ ذلك الوصيةَ بنَصِيبِ وَرَثَتِه كلِّهم .

الإنصاف

نَصيبِه فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . جزَم به القاضى فى « الجامعِ الصَّغيرِ » ، والشَّريفُ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » ، والشِّيرازِىُّ . ومالَ إليه المُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . قال فى « المُذْهَبِ » وغيرِه : صحَّتِ الوَصِيَّةُ فى ظاهِرِ المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : هو الصَّحيحُ عندَهم . وفى الآخَرِ : لا تصِحُّ الوَصِيَّةُ . وهو الذى ذكَرَه القاضى . قال الزَّرْكَشِىُّ : قالَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » . قال الحارِثِىُّ : لكِنْ رجَع عنه .

فائدة : لو وَصَّى له بمثلِ نَصيبِ وَلَدِه ، وله ابنٌ وبِنْتٌ ، فله مثلُ نَصِيبِ البِنْتِ . نقَلَه ابنُ الحَكَمِ ، واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » .

---

(1) أبو على الحسن بن زياد الأنصارى مولاهم ، الكوفى اللؤلؤى ، صاحب أبى حنيفة ، نزل بغداد ، وصنف ، وتصدر للفقه ، ولى القضاء بعد حفص بن غياث ثم عزل نفسه . توفى سنة أربع ومائتين . سير أعلام النبلاء ٥٤٣/٩ – ٥٤٥ . الطبقات السنية فى تراجم الحنفية ٥٩/٣ – ٦١ .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى بِضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِهِ أَوْ بِضِعْفَيْهِ ، فَلَهُ مِثْلُهُ مَرَّتَيْنِ . وَإِنْ وَصَّى بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . [١٦٨و] هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ عِنْدِى . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : ضِعْفَاهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ أَرْبَعَةُ أَمْثَالِهِ ، كُلَّمَا زَادَ ضِعْفًا زَادَ مَرَّةً وَاحِدَةً .

الشرح الكبير

٢٧٤٩ – مسألة : (وإن وَصَّى بضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِه أو ضِعْفَيْه ، فله مِثْلُه مَرَّتَيْن . وإن وَصَّى بثلاثةِ أضْعافِه ، فله ثلاثةُ أمْثالِه) قال شيخُنا : (هذا الصَّحِيحُ عندِى . وقال أصحابُنا : ضِعْفاه ثلاثةُ أمْثالِه ، وثَلاثةُ أضْعافِه أرْبَعَةُ أمْثالِه ، كلَّما زادَ ضِعْفًا زاد مَرَّةً واحِدَةً) إذا وَصَّى بضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِه ، فله مِثْلا نَصِيبِه . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو عُبَيْدٍ القاسِمُ ابنُ سَلَّامٍ : الضِّعْفُ المِثْلُ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ يُضَـٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾[1] . أى مِثْلَيْن . وقولِه : ﴿ فَـَٔاتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾[2] . أى مِثْلَيْن . وإذا كان الضِّعْفانِ مِثْلَيْن ، فالضِّعْفُ مِثْلٌ . ولَنا على أنَّ الضِّعْفَ مِثْلان ، قولُه تعالى : ﴿ إِذًا لَّأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ ٱلْحَيَوٰةِ وَضِعْفَ

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى له بضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِه ، أو بضِعْفَيْه ، فله مثلُه مَرَّتَيْن ، وإنْ وَصَّى له بثلاثَةِ أضْعافِه ، فله ثلاثةُ أمْثالِه . قال المُصَنِّفُ : هذا هو الصَّحيحُ عندِى . واخْتارَه الشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال أصحابُنا : ضِعْفاه ثَلاثَةُ أمْثالِه ، وثَلاثَةُ أضْعافِه أرْبَعَةُ أمْثالِه ، كُلَّما زادَ ضِعْفًا زادَ مرَّةً واحدةً . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه .

---

(١) سورة الأحزاب ٣٠ .

(٢) سورة البقرة ٢٦٥ .

الشرح الكبير

ٱلْمَمَاتِ ﴾[1] . وقال : ﴿ فَأُولَـٰٓئِكَ لَهُمْ جَزَآءُ ٱلضِّعْفِ بِمَا عَمِلُواْ ﴾[2] . وقال : ﴿ وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن زَكَوٰةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ ٱللَّهِ فَأُولَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُضْعِفُونَ ﴾[3] . ويُرْوَى عن عُمَرَ ، أنه أضْعَفَ الزكاةَ على نصارَى بَنِى تَغْلِبَ ، فكان يَأْخُذُ مِن المائَتَيْن[4] عَشَرَةً . وقال لحُذَيْفَةَ وعُثْمانَ بن حُنَيْفٍ[5] : لعَلَّكُما حَمَّلْتُما الأرْضَ ما لا تُطِيقُ . فقال عُثْمانُ : لو أضْعَفْتُ عليها لاحْتَمَلَتْ[6] . قال الأزْهَرِىُّ[7] : الضِّعْفُ المِثْلُ فما فوقَه . فأمّا قولُه : إنَّ الضِّعْفَيْن المِثْلان . فقد روَى ابنُ الأنْبارِىِّ ، عن هِشَامِ بنِ مُعاوِيَةَ النَّحْوِىِّ[8] ، قال : العَرَبُ تَتَكَلَّمُ بالضِّعْفِ مُثَنًّى ، فتَقُولُ : إن أعْطَيْتَنِى دِرْهَمًا فلك ضِعْفاه . أى مِثْلاه . وإفْرادُه لا بَأْسَ به ، إلَّا أنَّ التَّثْنِيَةَ أحْسَنُ . يَعْنِى أنَّ المُفْرَدَ والمُثَنَّى فى هذا بمَعْنًى واحِدٍ ، وكِلاهما يُرادُ به المِثْلان ، وإذا اسْتَعْمَلُوه على هذا الوَجْهِ وَجَب اتِّباعُهم وإن خالَفْنا القِياسَ .

الإنصاف ....

(1) سورة الإسراء 75 .

(2) سورة سبأ 37 .

(3) سورة الروم 39 .

(4) فى م : « الثمانين » .

(5) فى م : « حنيفة » .

(6) أخرجه أبو عبيد فى الأموال 40 ، 41 .

(7) فى : تهذيب اللغة 1/480 .

(8) هشام بن معاوية الضرير النحوى الكوفى أبو عبد الله ، صاحب الكسائى ، أخذ عنه ، وله مقالة فى النحو تعزى إليه ، توفى سنة تسع ومائتين . إنباه الرواة 364 ، 365 .

الشرح الكبير

فصل : وإن وَصَّى له بضِعْفَيْه ، فله مِثْلُه مَرَّتَيْن ، وإن قال : ثلاثةُ أَضْعافِه . فله ثلاثةُ [٢٠٤/٥ و] أمْثالِه . هذا الصحيحُ عندِى . وهو قولُ أبى عُبَيْدٍ . وقال أصحابُنا : ضِعْفاه ثلاثةُ أمْثالِه ، وثلاثةُ أضْعافِه أرْبَعَةُ أمْثالِه . وعلى هذا ، كلَّما زاد ضِعْفًا زاد مَرَّةً واحِدَةً . وهو قولُ الشافعىِّ . واحْتَجُّوا بقولِ أبى عُبَيْدَةَ مَعْمَرِ[١] بن المُثَنَّى : ضِعْفُ الشئِ هو ومِثْلُه ، وضِعْفاه هو ومِثْلاه ، وثلاثةُ أضْعافِه أرْبَعةُ أمْثالِه . وقال أبو ثَوْرٍ : ضِعْفاه أرْبَعَةُ أمْثالِه ، وثلاثةُ أضْعافِه سِتَّةُ أمْثالِه ؛ لأنَّه قد ثَبَت أنَّ ضِعْفَ الشئِ مِثْلاه ، فتَثْنِيَتُه مِثْلَا مُفْرَدِه ، (٢كسائرِ الأسماءِ٢) . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَـَٔاتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾ . قال عِكْرِمَةُ : تَحْمِلُ فى كلِّ عامٍ مَرَّتَيْن . وقال عطاءٌ : أثْمرتْ فى سَنَةٍ مِثْلَ ثَمَرَةِ غيرِها سَنَتَيْن . ولا خِلافَ بينَ المُفَسِّرين فيما عَلِمْنا فى تَفْسِيرِ قولِه تعالى : ﴿ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ . أنَّ المُرادَ به مَرَّتَيْن . وقد دَلَّ عليه قولُه تعالى : ﴿ نُؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾[٣] . ومُحالٌ أن يَجْعَلَ أجْرَها على العَمَلِ الصالحِ مَرَّتَيْن وعَذابَها على الفاحِشَةِ ثلاثَ مَرّاتٍ ، فإنَّ اللهَ تعالى إنَّما يُرِيدُ تَضْعِيفَ الحَسَناتِ على السَّيِّئاتِ ، هذا المَعْهُودُ مِن كَرَمِه وفَضْلِه . وأمّا قولُ أبى عُبَيْدَةَ فقد خالَفَه فيه غيرُه وأنْكَرَ قولَه ، قال ابنُ عَرَفَةَ[٤] : لا أُحِبُّ قولَ

(١) فى م : « مسعر » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) سورة الأحزاب ٣١ .

(٤) الحسن بن عرفة بن يزيد العبدى ، أبو على المحدث الثقة المؤدب ، مسند وقته . ولد سنة خمسين ومائة ، وتوفى سنة سبع وخمسين ومائتين . سير أعلام النبلاء ١١/٥٤٧ - ٥٥١ .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِهِ وَلَمْ يُسَمِّهِ ، كَانَ لَهُ مِثْلُ مَا لِأَقَلِّهِمْ نَصِيبًا ، فَلَوْ كَانُوا ابْنًا وَأَرْبَعَ زَوْجَاتٍ ، صَحَّتْ مِنَ اثْنَيْنِ

الشرح الكبير

أبى عُبَيْدَةَ فى : ﴿ يُضَـٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ ؛ لأنّ اللهَ تعالى قال فى آيةٍ أُخْرَى : ﴿ نُّؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ . فأَعْلَمَ أنَّ لها مِن هذا حَظَّيْن ومن هذا حَظَّيْن . وقد نَقَل هِشامُ بنُ مُعاوِيَةَ النَّحْوِىُّ عن العَرَبِ ، أنَّهم يَنْطِقُونَ بالضِّعْفِ مُثَنًّى ومُفْرَدًا بمَعْنًى واحِدٍ ، ومُوافَقَةُ العَرَبِ على لِسانِهم ، مع ما دَلَّ عليه كلامُ اللهِ تعالى العَزِيزُ وأقوالُ المُفَسِّرِين مِن التّابِعِين وغيرِهم ، أوْلَى مِن قولِ أبى عُبَيْدَةَ المُخالِفِ لذلك كلِّه ، مع مُخالَفَةِ القِياسِ ، ونِسْبةُ الخَطَأ إليه أوْلَى مِن تَخْطِئَةِ ما ذكَرْناه . وأمّا قولُ أبى ثَوْرٍ ، فظاهِرُ الفَسادِ ؛ لِما فيه مِن مُخالَفَةِ الكِتابِ والعَرَبِ وأقوالِ المُفَسِّرِين مِن التّابِعِين وغيرِهم وأهلِ العَرَبِيَّةِ ، فلا يجوزُ التَّمَسُّكُ بمُجَرَّدِ القِياسِ المُخالِفِ للنَّقْلِ ، فقد شَذَّ مِن العربيةِ كَلِماتٌ تُؤْخَذُ نَقْلًا بغيرِ قِياسٍ .

فصل : ولو وَصَّى بمِثْلِ نَصِيبِ مَن لا نَصِيبَ له ، كمَن يُوصِى بمِثْلِ نَصِيبِ ابنِه ، وهو لا يَرِثُ ؛ لرِقِّه أو كونِه مُخالِفًا لدِينِه ، [٢٠٤/٥ ظ] أو بنَصِيبِ أخيه ، وهو مَحْجُوبٌ عن مِيراثِه ، فلا شيءَ للوَصِىِّ ؛ لأنَّه لا نَصِيبَ له ، فمِثْلُه لا شىءَ[1] .

٢٧٥٠ – مسألة : (وإذا وَصَّى) له (بمِثْلِ نَصِيبِ أحدِ وَرَثَتِه ، ولم يُسَمِّه ، كان له مِثْلُ ما لأقَلِّهم نَصِيبًا ، فلو كانوا ابنًا وأرْبَعَ زَوْجاتٍ ،

الإنصاف

....

(١) أى لا شىء له .

المقنع وَثَلَاثِينَ ، لِكُلِّ زَوْجَةٍ سَهْمٌ ، وَلِلْوَصِيِّ سَهْمٌ يُزَادُ عَلَيْهَا ، فَتَصِيرُ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَثَلَاثِينَ .

الشرح الكبير صَحَّتْ مِن اثْنَيْن وثَلاثِين) سَهْمًا (لكلِّ امرأةٍ سَهْمٌ ، وللمُوصَى له سَهْمٌ ، يُزادُ عليها) فتَصِحُّ (مِن ثَلاثةٍ وثَلاثِين) سَهْمًا ، للوَصِيِّ[1] سَهْمٌ ، ولكلِّ امرأةٍ سَهْمٌ ، والباقِي للابنِ . وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا وَصَّى بمِثْلِ نَصِيبِ أحَدِهم غيرَ مُسَمًّى ، فإن كان الورثةُ يَتساوَوْن فى المِيراثِ ؛ كالبَنِينَ ، فله مِثْلُ نَصِيبِ أحَدِهم ، مُزادًا على الفريضةِ ، ويُجْعَلُ كواحِدٍ منهم زاد فيهم . وإن كانوا يَتفاضَلُون ، كهذه المسألةِ ، فله مِثْلُ نَصِيبِ[2] أقَلِّهم مِيرَاثًا ، يُزادُ على فَرِيضَتِهم . هذا قولُ الجُمْهُورِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . وقال مالكٌ : إن كانوا يَتفاضَلُون ، نُظِر إلى عَدَدِ رُءُوسِهم ، فأُعْطِيَ سَهْمًا مِن عَدَدِهم ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اعْتِبارُ أنْصِبائِهم ؛ لِتفاضُلِهم ، فاعْتُبِرَ عَدَدُ رُءُوسِهم . ولَنا ، أنَّ اليَقِينَ أن يُعْطَى الوَصِيُّ مِثْلَ أقَلِّهم نَصِيبًا ، وما زاد مَشْكُوكٌ فيه ، فلا يَثْبُتُ مع الشَّكِّ . وقولُه : يُعْطَى سَهْمًا مِن عَدَدِهم . مُخالِفٌ لِما يَقْتَضِيه لَفْظُ المُوصِي ؛ لأنَّه ليس بنَصِيبِ أحَدِ وَرَثَتِه ، ولَفْظُه إنَّما اقْتَضَى نَصِيبَ أحَدِهم ، وتَفاضُلُهم لا يَمْنَعُ كونَ نَصِيبِ الأقَلِّ نَصِيبَ أحَدِهم ، فيَصْرِفُه إلى الوَصِيِّ ، عَمَلًا بمُقْتَضَى وصيتِه ، وذلك أوْلَى مِن اخْتِراعِ شيءٍ لا يَقْتَضِيه قولُ المُوصِي أصْلًا . وقولُه : تَعَذَّرَ العَمَلُ بقولِ المُوصِي . مَمْنُوعٌ ، فقد أمْكَنَ العَمَلُ به بما

الإنصاف ....

(١) فى م : « للموصى » .
(٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ لَوْ كَانَ ، فَلَهُ مِثْلُ مَا لَهُ لَوْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ وَهُوَ مَوْجُودٌ . فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ أَرْبَعَةَ بَنِينَ فَلِلْوَصِيِّ السُّدْسُ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَلَهُ الْخُمْسُ .

الشرح الكبير

قُلْناه ، ثم لو تَعذَّرَ العَمَلُ به ، لم يَجُزْ أن يَجبَ فى مالِه حَقٌّ لم يَأْذَنْ فيه و لم يَأْمُرْ به . ولو قال : أوْصَيْتُ بمِثْلِ نَصِيبِ أقَلِّهم مِيراثًا . كان كما لو أطْلَقَ ، وكان ذلك تأْكِيدًا . وإن قال : أوْصَيْتُ بمِثْلِ نَصِيبِ أكْثَرِهم مِيراثًا . فله ذلك مُضافًا إلى المسألةِ ، فيكونُ له فى هذه المسألةِ ثَمانِيَةٌ وعِشْرُون ، تُضَمُّ إلى المسألةِ فتكونُ سِتِّين سَهْمًا .

٢٧٥١ – مسألة : (ولو وَصَّى) له (بمِثْلِ نَصِيبِ وارِثٍ لو كان ، فله مِثْلُ ما لَه لو كانتِ الوصيةُ وهو مَوْجُودٌ) فقَدِّرِ الوارِثَ مَوْجُودًا ، وانْظُرْ ما للمُوصَى له مع وُجُودِه ، فهو له مع عَدَمِه . فإن خَلَّفَ ابْنَيْن ، ووَصَّى بمِثْلِ نَصِيبِ ثالِثٍ لو كان ، فللْمُوصَى له الرُّبْعُ . وإن خَلَّفَ ثلاثةَ بَنِين ، فله الخُمْسُ ، وإن وَصَّى بمِثْلِ نَصِيبِ خامِسٍ لو كان ، فللمُوصَى له السُّدْسُ . وعلى هذا أبدًا . فلو خَلَّفَتِ امرأةٌ زَوْجًا وأُخْتًا ، وأوْصَتْ بمِثْلِ نَصِيبِ أُمٍّ لو كانت ، فللمُوصَى له الخُمْسُ ؛ لأنَّ للأُمِّ الرُّبْعَ لو كانت ،

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى بمِثْلِ نَصِيبِ وارثٍ لو كان ، فله مثلُ ما له لو كانتِ الوَصِيَّةُ وهو مَوْجُودٌ . فإذا كان الوَارِثُ أَرْبَعَةَ بَنِين ، فللوَصِيِّ السُّدْسُ ، وإنْ كانُوا ثلاثَةً ، فله الخُمْسُ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقال الحارِثِيُّ : وعن بعضِ أصحابِنا ، إقامَةُ الوَصِيِّ مَقامَ الابنِ المُقَدَّرِ . انتهى .

المقنع

وَلَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً فَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ كَانَ إِلَّا مِثْلَ نَصِيبِ سَادِسٍ لَوْ كَانَ ، فَقَدْ أَوْصَى بِالْخُمْسِ إِلَّا السُّدْسَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، فَيَكُونُ لَهُ سَهْمٌ يُزَادُ عَلَى ثَلَاثِينَ سَهْمًا ، وَتَصِحُّ مِنَ اثْنَيْنِ وَسِتِّينَ ، لَهُ مِنْهَا سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةَ عَشَرَ .

الشرح الكبير

[٥/٢٠٥ و] فيُجْعَلُ له سَهْمٌ مُضافٌ إلى أربعةٍ ، يكنْ خُمْسًا ، فَقِسْ على ذلك .

٢٧٥٢ – مسألة : فإن خَلَّفَ أرْبعةَ بَنِينَ (فأوْصَى بمِثْلِ نَصِيبِ خامِسٍ لو كان إلَّا مِثْلَ نَصِيبِ سادِسٍ لو كان ، فقد أوْصَى له بالخُمْسِ إلَّا السُّدْسَ بعدَ الوصيةِ ، فله سَهْمٌ يُزادُ على ثَلاثِينَ ، وتَصِحُّ مِن اثْنَيْن وسِتِّين ، له سَهْمان ، ولكلِّ ابنٍ خَمْسَةَ عَشَرَ) لأنَّه اسْتَثْنَى السُّدْسَ مِن الخُمْسِ . فطَرِيقُها أن تَضْرِبَ مَخْرَجَ أحَدِهما فى مَخْرَجِ الآخرِ ، تكنْ ثَلاثِين ، خُمْسُها سِتَّةٌ ، وسُدْسُها خَمْسَةٌ ، فإذا اسْتَثْنَيْتَ الخَمْسَةَ مِن

الإنصاف

قوله : ولو كانوا أَرْبَعَةً ، فأَوْصَى بمثلِ نَصِيبِ خامِسٍ لو كان ، إلَّا مثلَ نَصِيبِ سادِسٍ لو كان ، فقد أَوْصَى له بالخُمْسِ إلَّا السُّدْسَ بعدَ الوَصِيَّةِ . هكذا مَوْجودٌ فى النُّسَخِ المَعْروفةِ المَشْهُورَةِ . ووُجِدَ فى نُسْخَةٍ مَقْروءَةٍ على المُصَنِّفِ ، وعليها خطُّه ، لو كانُوا أرْبَعَةً فأَوْصَى بمثلِ نَصِيبِ أحَدِهم إلَّا مثلَ نَصِيبِ ابنٍ[1] خامِسٍ لو كان . قال النَّاظِمُ : وفى بعضِ النُّسَخِ المَقْروءَةِ على المُصَنِّفِ ، وَصَّى بمثلِ نَصِيبِ أحَدِهم إلَّا مثلَ نَصِيبِ ابنٍ سادِسٍ لو كان . قال : فعلى هذا ، يصِحُّ أنَّه[2]

(١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

السِّتَّةِ ، بَقِيَ سَهْمٌ للمُوصَى له ، فزِدْه على الثَّلاثِينَ (١تَصِرْ واحِدًا١) وثلاثِين ، فأَعْطِ المُوصَى له سَهْمًا ، يَبْقَى ثَلاثُون على أَرْبعةٍ ، لا تَنْقَسِمُ ، وتُوافِقُ بالنِّصْفِ ، فَرُدَّها(٢) إلى خَمْسَةَ عَشَرَ ، واضْرِبْها فى أربعةٍ ، تكنْ سِتِّين ، زِدْ عليها سَهْمَيْن للمُوصَى له ، ولكلِّ ابْنٍ خَمْسَةَ عَشَرَ . وطَرِيقُها بالجَبْرِ أن تَجْعَلَ المالَ أربعةً وشَيْئًا ، تَدْفَعُ الشىءَ إلى المُوصَى له ، يَبْقَى أربعةٌ تَقْسِمُها على خَمْسَةٍ ، يَخْرُجُ أربعةُ أخْماسٍ ، وتَقْسِمُها على سِتَّةٍ ، يَخْرُجُ ثُلُثانِ ، فتُسْقِطُ الثُّلُثَيْن مِن أربعةِ الأخْماسِ ، يَبْقَى سَهْمان مِن خَمْسَةَ عَشَرَ ، ثم تَضْرِبُ الأربعةَ الأسْهُمَ فى الخَمْسَةَ عَشَرَ ؛ لأنَّها مَخْرَجُ الثُّلُثِ (٣والخُمْسِ٣) ، تكنْ سِتِّين ، تَزِيدُ عليها السَّهْمَيْن ، فهى للمُوصَى

الإنصاف

وَصَّى بالخُمْسِ إلَّا السُّدْسَ . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال . وهو كما قال صاحِبُ « الفُروعِ » ؛ فإنَّه ، على ما قالَه النَّاظِمُ فى النُّسْخَةِ المَقْروءَةِ على المُصَنِّفِ ، إنَّما يكونُ أوْصَى له بالخُمْسِ إلَّا السُّبْعَ ، على ما قالَه الأصحابُ فى قَواعِدِهم ، فلِذلك لم يَرْتَضِه صاحِبُ « الفُروعِ » منه . واعلمْ أنَّ النُّسَخَ المَعْروفَةَ المُعْتَمَدَ عليها ، ما قُلْناه أوَّلًا ، وعليها شَرَحَ الشَّارِحُ ، وابنُ مُنَجَّى . لكِنَّ قوْلَه : فقد أَوْصَى بالخُمْسِ إلَّا السُّدْسَ . مُشْكِلٌ على قَواعِدِ الأصحابِ ، ومُخالِفٌ لطَرِيقَتِهم فى ذلك وأشْباهِه . بل قِياسُ ما ذكَرَه الأصحابُ فى هذه المَسْأَلَةِ ، أنْ يكونَ قد أَوْصَى له بالسُّدْسِ إلَّا السُّبْعَ ، فيكونُ له سَهْمان مِن اثْنَيْن وأرْبَعِين .

(١ - ١) فى الأصل : « فتصر أحد » .

(٢) فى م : « فزدها » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

له ، ولكلِّ ابنٍ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فقد حَصَل له خُمسُ السِّتِّين إلَّا سُدْسَها ، الخُمْسُ اثْنا عَشَرَ ، والسُّدْسُ عَشَرَةٌ .

فصل : إذا خَلَّفَ بِنْتًا وَحْدَها ، ووَصَّى بمِثْلِ نَصِيبِها ، فهو كما لو وَصَّى بنَصِيبِ ابْنٍ عندَ مَن يَرَى الرَّدَّ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ المالَ كلَّه بالفَرْضِ والرَّدِّ ، ومَن لا يَرَى الرَّدَّ يَقْتَضِى قَوْلُه أن يكونَ له الثُّلُثُ ولها نِصْفُ الباقِى ، وما بَقِىَ لبَيْتِ المالِ . وعلى قولِ مالكٍ ومَن وافَقَه ، للمُوصَى له النِّصْفُ فى حالِ الإجازَةِ ، ولها نِصْفُ الباقِى ، و ما بَقِىَ لبيتِ المالِ . فإن خَلَّفَ ابْنَتَيْن ، ووَصَّى بمِثْلِ نَصِيبِ إحْداهما ، فهى مِن ثلاثةٍ عِندَنا . ويَقْتَضِى قولُ مَن لا يَرَى الرَّدَّ أنَّها مِن أربعةٍ ، لبَيْتِ المالِ الرُّبْعُ ، ولكلِّ واحِدٍ منهم الرُّبْعُ . وعلى قولِ مالكٍ ، الثُّلُثُ للمُوصَى له ، وللبِنْتَيْن ثُلُثا ما بَقِىَ ، والباقِى لبَيْتِ

الإنصاف

وكذا قال الحارِثِىُّ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهما . [1]لكنْ فى « الفُروعِ » : سَهْمان مِن اثْنَيْن وأرْبَعِين . وهو سبْقَةُ قَلَمٍ . واللهُ أعلمُ[1] . وأجابَ الحارِثِىُّ عن ذلك ، فقال : قوْلُهم : أوْصَى بالخُمْسِ إلَّا السُّدْسَ . صحيحٌ ، باعْتِبارِ أنَّ له نَصِيبَ الخامِسِ المُقَدَّرِ غيرَ مَضْمومٍ ، وأنَّ النَّصِيبَ [1]المُسْتَثْنَى هو السُّدْسُ[1] . وهو طَرِيقَةُ الشَّافِعِيَّةِ . انتهى . قلتُ : وهو مُوافِقٌ لما اخْتارَه فى « الفائقِ » ، فيما إذا أوْصَى له بمثلِ نَصِيبِ وارِثٍ ، على ما تقدَّم . قال فى « الفُروعِ » : وما قالَه الحارِثِىُّ صحيحٌ ، يؤَيِّدُه أنَّ فى نُسْخَةٍ مَقْروءَةٍ على الشَّيْخِ : أرْبَعَةٌ أوْصَى بمثلِ نَصِيبِ أحَدِهم ، إلَّا بمثلِ نَصِيبِ ابنٍ خامِسٍ ، لو كان ، فقد أوْصَى له بالخُمْسِ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

المالِ ، وتَصِحُّ مِن تِسْعَةٍ . فإن خَلَّفَ جَدَّةً وحدَها ، وأَوْصَى بمِثْلِ نَصِيبِها ، فقِياسُ قَوْلِنا أنَّ المالَ بينَهما نِصْفَيْن . وعلى قولِ مَن لا يَرَى الرَّدَّ ، هى مِن سَبْعَةٍ ، لكلِّ واحِدٍ منهما السُّبْعُ ، والباقِى لبَيْتِ المالِ . وقِياسُ قولِ مالكٍ أنَّ للمُوصَى له السُّدْسَ ، وللجَدَّةِ سُدْسَ ما بَقِىَ ، والباقِى لبَيْتِ المالِ .

فصل : إذا خَلَّفَ ثلاثةَ بَنِين ، وَوَصَّى لثلاثةٍ بمِثْلِ أَنْصِبائِهِمْ ، فالمالُ بينَهم على سِتَّةٍ إن أجازُوا ، وإن رَدُّوا [٥/٢٠٥ ظ] فمِن تِسْعَةٍ ، للمُوصَى لهم الثُّلُثُ ثلاثةٌ . والباقِى بينَ البَنِينَ على ثلاثةٍ . فإن أجازُوا لواحِدٍ ورَدُّوا على اثْنَيْن ، فللمَرْدُودِ عليهما التُّسْعانِ اللَّذانِ كانا لهما فى حالِ الرَّدِّ عليهم . وفى المُجازِ له وَجْهان ؛ أحَدُهما ، له السُّدْسُ الذى كان له فى حالِ الإِجازَةِ

الإنصاف

إلَّا السُّدْسَ . قال : ويُوافِقُ هذا قوْلَ ابنِ رَزِينٍ فى ابْنَيْن ، ووَصَّى بمثلِ نَصِيبِ ابنٍ ثالِثٍ (١)لو كان ، له الرُّبْعُ ، وإلَّا مِثْلُ نَصِيبِ رابعٍ ، لو كان ، مِن واحدٍ وعِشْرِين . انتهى . فكأنَّ صاحِبَ « الفروعِ » فسَّر النُّسْخَةَ الأُولَى المُعْتَمَدَةَ المُشْكَلَةَ على طريقةِ الأصحاب بهذه النُّسْخَةِ . والذى يظْهَرُ ، بل هو كالصَّريحِ فى ذلك ، أنَّ مَعْناهما مُخْتَلِفٌ ، وأنَّ النُّسْخَةَ الأُولَى تابَعَ فيها طريقةَ أصحابِ الإمامِ الشَّافِعِىِّ ، رَحِمَه اللهُ(١) . [٢/٢٧٦ظ] وهذه النُّسْخَةُ تَبِعَ فيها طريقةَ الأصحابِ ، ولعَلَّه فى النُّسْخَةِ الأُولَى اخْتارَ ذلك ، أو يكونُ ذلك مُجَرَّدَ مُتابعَةٍ لغيرِه ، فلمَّا ظهَر له ذلك ، اعْتَمَدَ على النُّسْخَةِ المُوافِقَةِ لقَواعِدِ المذهبِ والأصحابِ . وهو أَوْلَى .

(١ - ١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

للجَمِيعِ . وهذا قول أبى يوسُفَ ، وابنِ سُرَيْجٍ[1] . فيأْخُذُ السُّدْسَ والتُّسْعَيْن من مَخْرَجِهما ، وهو ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، [2]يَبْقَى أحدَ عَشَرَ[2] بينَ البَنِينَ على ثلاثةٍ ، لا تَصِحُّ ، فتَضْرِبُ عَدَدَهم فى ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، تكنْ أربعةً وخَمْسِين ، للمُجازِ له السُّدْسُ تِسْعَةٌ ، ولكلِّ واحِدٍ مِن صاحِبَيْه سِتَّةٌ ، ولكلِّ ابنٍ أحَدَ عَشَرَ . والوَجْهُ الثانِى ، أن تَضُمَّ المُجازَ له إلى البَنِينَ ، وتَقْسِمَ الباقِىَ بعدَ التُّسْعَيْن عليهم ، وهم أربعةٌ ، لا تَنْقَسِمُ ، فتَضْرِبُ فى تِسْعَةٍ ، تكُنْ سِتَّةً وثلاثِين ، فإن أجاز الورثةُ بعدَ ذلك للآخَرِينَ ، أتَمُّوا لكلِّ واحِدٍ منهم تَمامَ سُدْسِ المالِ ، فيَصِيرُ المالُ بينَهم أسْداسًا على الوَجْهِ الأوَّلِ . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، يَضُمُّونَ ما حَصَلَ لهم ، وهو أحَدٌ وعِشْرُون مِن سِتَّةٍ وثَلاثِين ، إلى ما حَصَل لهما وهو ثَمانِيَةٌ ، ثم يَقْتَسِمُونَه بينَهم على خَمْسَةٍ ، لا تَصِحُّ ، فتَضْرِبُ خمسةً فى سِتَّةٍ وثلاثِين ، تكنْ مائةً وثَمانِين ، ومنها تَصِحُّ . فإن أجاز أحَدُ البَنِينَ لهم ، ورَدَّ الآخَرانِ عليهم ، فللمُجِيزِ السُّدْسُ ، وهو ثلاثةٌ مِن ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، وللَّذَيْن لم يُجِيزَا أربَعَةُ أتْساعِه ثَمانِيَةٌ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ بينَ المُوصَى لهم على ثلاثةٍ ، نَضْرِبُها فى ثَمانِيَةَ عَشَرَ ،

الإنصاف

فتَلَخَّصَ لنا ، أنَّ المُصَنِّفَ وُجِدَ له ثلاثُ نُسَخٍ مُخْتَلِفَةٍ ، قُرِئَتْ عليه ؛ أحدُها ، الأُولَى ؛ وهى المُشْكَلَةُ على قَواعِدِ الأصحابِ ، ولذلك أجابَ عنها الحارِثِىُّ . والثَّانيةُ ، ما ذكَرَها النَّاظِمُ ، وتقدَّم ما فسَّرها به ، والتَّفْسِيرُ أيضًا مُشْكَلٌ على قَواعِدِ الأصحابِ ، ولذلك ردَّه فى « الفُروعِ » . وتقدَّم أنَّ قواعِدَ الأصحابِ تَقْتَضِى ،

---

(1) فى م : « شريح » .

(2 - 2) سقط من النسختين ، وانظر المغنى 8/432 .

المقنع

فَصْلٌ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْأَجْزَاءِ : إِذَا أَوْصَى لَهُ بِجُزْءٍ أَوْ حَظٍّ أَوْ نَصِيبٍ أَوْ شَيْءٍ ، فَلِلْوَرَثَةِ أَنْ يُعْطُوهُ مَا شَاءُوا .

الشرح الكبير

تكنْ أربعةً وخَمْسِين ، فإن أجاز واحِدٌ لواحِدٍ ، دَفَع إليه ثُلُثَ ما فى يَدِه مِن الفَضْلِ ، وهو ثُلُثُ سَهْمٍ مِن ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، فاضْرِبْها فى ثلاثةٍ ، تكنْ أربعةً وخَمْسِينَ . واللهُ أعلمُ .

فصل فى الوصيةِ بالأجْزاءِ : (إذا وَصَّى له بجُزْءٍ أو حَظٍّ أو نَصِيبٍ أو شيءٍ ، فللورثةِ أن يُعْطُوه ما شاءُوا) لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وهو قولُ الشافعيِّ ، وأبى حنيفةَ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وغيرِهم ؛ لأنَّ كلَّ ما يُعْطُونَه جُزْءٌ وشيءٌ وحَظٌّ ونَصِيبٌ . وكذلك إن قال : أعْطُوا فلانًا مِن مالِى . أو : ارْزُقُوه . لأنَّ ذلك لا حدَّ له فى اللُّغَةِ ولا فى الشَّرْعِ ، فكان على إطْلاقِه .

الإنصاف

على هذه النُّسْخَةِ ، أنَّه أوْصَى بالخُمْسِ إلَّا السُّبْعَ ، وتفْسِيرُه مُوافِقٌ لطريقةِ أصحابِ الإمامِ الشَّافِعِيِّ ، وما اخْتارَه فى « الفائقِ » . والثَّالثةُ ،فيها أوْصَى بمثلِ نَصِيبِ أحَدِهم إلَّا بمثلِ نَصيبِ ابنِ خامِسٍ . فهذه النُّسْخَةُ صحيحةٌ على قِياسِ طريقةِ الأصحابِ ، ويكونُ قد أوْصَى له بالخُمْسِ إلَّا السُّدْسَ . وهو مُوافِقٌ لِما فُسِّرَ ، وأوْلَى مِنَ النُّسَخِ المَعْروفَةِ . واللهُ أعلمُ .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، [١٦٨ظ] فَفِيهَا ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، لَهُ سُدْسٌ بِمَنْزِلَةِ سُدْسٍ مَفْرُوضٍ إِنْ لَمْ تَكْمُلْ فُرُوضُ الْمَسْأَلَةِ ، أَوْ كَانُوا عَصَبَةً أُعْطِيَ سُدْسًا كَامِلًا ، وَإِنْ كَمَلَتْ فُرُوضُهَا أُعِيلَتْ بِهِ ، وَإِنْ عَالَتْ أُعِيلَ مَعَهَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَهُ سَهْمٌ مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدْسِ . وَالثَّالِثَةُ ، لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَقَلِّ الْوَرَثَةِ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدْسِ .

الشرح الكبير

٢٧٥٣ - مسألة : (وإن وَصَّى له بسَهْمٍ مِن مَالِه ، ففيه ثلاثُ رواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، له السُّدْسُ بمَنْزِلَةِ سُدْسِ المَفْرُوضِ إن لم تَكْمُلْ فُرُوضُ المسألةِ ، أو كانوا عَصَبَةً أُعْطِيَ سُدْسًا كامِلًا ، وإن كَمَلَتْ فُرُوضُها ، أُعِيلَتْ به ، وإن عالَتْ أُعِيلَ معها . والثانيةُ ، له سَهْمٌ ممّا تَصِحُّ منه المسألةُ ما لم يَزِدْ على السُّدْسِ . والثالثةُ ، له مِثْلُ نَصِيبِ أَقَلِّ الورثةِ ما لم يَزِدْ على السُّدْسِ) [٢٠٦/٥ و] اخْتَلَفَتِ الروايةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن أَوْصَى بسَهْمٍ مِن مالِه ، فرُوِىَ عنه ، أنَّ للمُوصَى له السُّدْسَ .

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى له بسَهْمٍ مِن مالِه ، ففيه ثَلاثُ رِواياتٍ . وظاهِرُ « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، إطْلاقُهُنَّ . وأطْلَقَهُنَّ فى « المُذْهَبِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايةِ » . إحْداهُنَّ ، له سُدْسٌ بمَنْزِلَةِ سُدْسٍ مَفْروضٍ ، إنْ لم تكْمُلْ فُروضُ المَسْأَلَةِ ، أو كانوا عَصَبَةً ، أُعْطِىَ سُدْسًا كامِلًا ، وإنْ كَمُلَتْ فُروضُها ، أُعِيلَتْ به ، وإنْ عالَتْ ، أُعِيلَ معها . وهو المذهبُ . نقَلَها ابنُ مَنْصُورٍ ، وحَرْبٌ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، وأصحابُه ؛ كالشَّريفِ ، وأبى الخَطَّابِ ، وابنِ عَقِيلٍ ، والشِّيرازِىِّ ، وغيرِهم . وفسَّر الزَّرْكَشِىُّ كلامَ الخِرَقِىِّ بذلك .

الشرح الكبير

رُوِىَ ذلك عن[1] علىٍّ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . وبه قال الحسنُ ، وإياسُ بنُ مُعاوِيَةَ ، والثَّوْرِىُّ . والروايةُ الثانيةُ ، أنَّه يُعْطَى سَهْمًا ممّا تَصِحُّ منه الفَرِيضَةُ ، فيُنْظَرُ كم سَهْمًا صَحَّتْ منه الفريضةُ ، فيُزادُ عليها مِثْلُ سَهْمٍ مِن سِهامِها للمُوصَى له . وهذا قولُ شُرَيْحٍ ، قال : تُرْفَعُ السِّهامُ ، فيكونُ للمُوصَى له سَهْمٌ[2] . قال القاضِى : هذا ما لم يَزِدْ على السُّدْسِ ، فإن زاد السَّهْمُ على السُّدْسِ ، فله السُّدْسُ ؛ لأنَّه مُتَحَقِّقٌ . وَوَجْهُ ذلك أنَّ قَوْلَه : سَهْمًا . يَنْصَرِفُ إلى سِهامِ فَرِيضَتِه ؛ لأنَّ وصيتَه منها ، فيَنْصَرِفُ السَّهْمُ إليها ، فكان واحِدًا مِن سِهَامِها ، كما لو قال : فَرِيضَتِى كذا وكذا سَهْمًا ، لك منها سَهْمٌ . والثالثةُ ، له سَهْمٌ مِن سِهامِ أَقَلِّ الورثةِ . اخْتارَها الخَلَّالُ وصاحِبُه . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ أبى طالِبٍ والأَثْرَمِ : إذا أَوْصَى له بسَهْمٍ مِن مالِه ، يُعْطَى سَهْمًا مِن الفريضةِ . قِيلَ : أَنَصِيبُ رجلٍ أو نَصِيبُ امرأةٍ ؟ فقال : أَقَلُّ ما يكونُ مِن السِّهامِ . قال القاضى : ما لم يَزِدْ على السُّدْسِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ . وقال صاحِباه : إلَّا أن يَزِيدَ على الثُّلُثِ ، فيُعْطَى الثُّلُثَ . ووَجهُ هذا القولِ أنَّ سِهامَ الورثةِ

الإنصاف

قال الحارِثِىُّ : هذا أصحُّ عندَ عامَّةِ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وهو مِنَ المُفْرَداتِ ، قال ناظِمُها :

---

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ١١/١٧١ .

الشرح الكبير

أنْصِباؤُهم ، فيكونُ له أقلُّها ؛ لأنَّه اليَقِينُ ، فإذا زاد على السُّدْسِ ، دُفِع إليه السُّدْسُ ؛ لأنه أقلُّ سَهْمٍ يَرِثُه ذو قَرابَةٍ . وقال أبو ثَوْرٍ : يُعْطَى سَهْمًا مِن أرْبعةٍ وعِشْرِين ؛ لأنَّها أكْثَرُ أصُولِ الفَرائِضِ ، فالسَّهْمُ منها أقَلُّ السِّهامِ . وقال الشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : يُعْطِيه الوَرثةُ ما شاءُوا ؛ لأنَّ ذلك يَقَعُ عليه اسْمُ السَّهْمِ ، فأشْبَهَ ما لو وَصَّى له بجُزْءٍ أو حَظٍّ . وقال عَطاءٌ ، وعِكْرِمَةُ : لا شيءَ له . ولَنا ، ما رَوى ابنُ مسعودٍ ، أنَّ رجلًا أوْصَى لرجلٍ بسَهْمٍ مِن المالِ ، فأعْطاه النبيُّ ﷺ السُّدْسَ[1] . ولأنَّ السَّهْمَ في كلامِ العَرَبِ السُّدْسُ . قاله إياسُ بنُ مُعاوِيَةَ ، فتَنْصَرِفُ الوصيةُ إليه ، كما لو لَفَظ به ، ولأنَّه قولُ عليٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، ولا مُخالِفَ لهما في الصحابةِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ السُّدْسَ الذي يَسْتَحِقُّه المُوصَى له يكونُ بمَنْزِلَةِ سُدْسٍ مَفْرُوضٍ ، فإن كانتِ المسألةُ كامِلَةَ الفُرُوضِ ، أُعِيلَتْ به ، وإن كانت عائِلَةً ، زاد عَوْلُها به . وإن كان فيها رَدٌّ أو كانوا عَصَبَةً ، أُعْطِيَ [٢٠٦/٥ ظ] سُدْسًا كامِلًا . قال أحمدُ ، في رِوايةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، وحَرْبٍ : إذا أوْصَى لرجلٍ بسَهْمٍ مِن مالِه ، يُعْطَى السُّدْسَ ، إلَّا أن تَعُولَ الفريضةُ ، فيُعْطَى سَهْمًا مع العَوْلِ . فكأنَّ مَعْنَى الوصيةِ : أوْصَيْتُ لك بسَهْمٍ مَن يَرِثُ

الإنصاف

مَن قال في الإيصَا : لزَيْدٍ سَهْمٌ   فالسُّدْسُ يُعْطَى حيثُ كان القَسْمُ

والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، له سَهْمٌ ممَّا تصِحُّ منه المَسْأَلَةُ ، ما لم يزِدْ على السُّدْسِ .

---

(١) أورده الهيثمي بلفظين قريبين وعزا الأول إلى البزار ، والثاني إلى الطبراني في الأوسط ، وقال : فيهما محمد ابن عبيد الله العرزمي ، وهو ضعيف . مجمع الزوائد ٢١٣/٤ . وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفا على ابن مسعود ، في : المصنف ١٧١/١١ .

الشرح الكبير

السُّدْسَ . فإن وَصَّى له بسَهْمٍ فى[1] مسألةٍ فيها زَوْجٌ وأُخْتٌ ، كان له السُّبْعُ ، كما لو كان معهما[2] جَدَّةٌ ، على الرواياتِ الثلاثِ . وكذلك لو كان فى المسألةِ أُمٌّ وثلاثُ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ[3] ، فإن كان معهم زوجٌ ، فالمسألةُ مِن تِسْعَةٍ ، وللمُوصَى له العُشْرُ . وإن كان الورثةُ ثلاثَ أخَواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، فللمُوصَى له السُّدْسُ ، على الرِّواياتِ الثلاثِ . وإن كانوا زوجًا وأبَوَيْن وابْنَتَيْن ، فالمسألةُ مِن خَمْسَةَ عَشَرَ ، وتَعُولُ بسُدْسٍ آخَرَ إلى سَبْعَةَ عَشَرَ ، وكذلك على قولِ الخَلَّالِ ؛ لأنَّ أقَلَّ سِهامِ الورثةِ سُدْسٌ . وعلى الرِّوايةِ الأُخْرَى ، يكونُ للوَصِيِّ سَهْمٌ واحِدٌ ، يُزادُ على المسألةِ ، فتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ . وإن كانوا زوجةً وأبَوَيْن وابْنًا ، فالفريضةُ مِن أربعةٍ وعِشْرِين ، وتَعُولُ بالسُّدْسِ المُوصَى به إلى ثمانيةٍ وعِشْرِين . وعلى الرِّوايةِ الثانيةِ ، يُزادُ عليها سَهْمٌ واحِدٌ للمُوصَى له ، فتكونُ مِن خَمْسَةٍ وعِشْرِين . وعلى الرِّوايةِ الثالثةِ التى اخْتارَها الخَلَّالُ ، يُزادُ عليها مِثْلُ سَهْمِ الزوجةِ[4]

الإنصاف

والرِّوايَةُ الثَّانيةُ التى ذكَرَها الخِرَقِيُّ وغيرُه ، ليس فيها ما لم يزِدْ على السُّدْسِ ، بل قالوا : يُعْطَى سَهْمًا ممَّا تصِحُّ منه الفَرِيضَةُ . لكنْ قال القاضى : مَعْناه ما لم يزِدْ على السُّدْسِ ، فإنْ زادَ عليه ، أُعْطِيَ السُّدْسَ . ورَدَّ الحارِثِيُّ ما قال القاضى . قال فى « الفُروعِ » : وعنه ، له سَهْمٌ واحِدٌ ، ممَّا تَصِحُّ منه المَسْأَلَةُ ، مضْمُومًا إليها . اخْتارَه الخِرَقِيُّ . انتهى . قلتُ : ليس الأمْرُ كما قال ؛ فإنَّ الخِرَقِيَّ قال : وإذا أوْصَى

---

(1) فى الأصل : « من » .

(2) فى م : « معها » .

(3) فى م : « متفرقات » .

(4) فى الأصل : للزوجة » .

الشرح الكبير

ثلاثةٌ ، فتكونُ مِن سَبْعَةٍ وعِشْرِين . وإن كانوا خَمْسَةَ[1] بَنِيـنَ ، [2]فللمُوصَى له[2] السُّدْسُ كامِلًا ، وتَصِحُّ مِن سِتَّةٍ على الرِّواياتِ الثلاثِ . فإن كان معهم زَوجةٌ ، صَحَّتِ الفريضةُ مِن أرْبَعِين ، فتَزِيدُ عليها سَهْمًا للوَصِيِّ ، على إحْدَى الرِّواياتِ ، فتصِيرُ أحَدًا[3] وأرْبَعِين . وعلى قولِ الخَلَّالِ ، تَزِيدُ مِثْلَ نَصِيبِ الزوجةِ ، فتصِيرُ خَمْسَةً وأرْبَعِين . وعلى الروايةِ الأُولَى ، تَزِيدُ عليها مثلَ سُدْسِها ، ولا سُدْسَ لها صحيحًا ، فتَضْرِبُها فى سِتَّةٍ ثم تَزِيدُ عليها سُدْسَها ، تكونُ مائتَيْن وثَمانِين ؛ للوصِيِّ أرْبَعُونَ ، وللزوجةِ ثَلاثُون ، ولكلِّ ابنٍ اثْنان وأرْبَعُون ، وتَرْجِعُ بالاخْتِصارِ إلى مائةٍ وأرْبَعِين . والذى يَقْتَضِيه القِياسُ فيما إذا وَصَّى بسَهْمٍ مِن مالِه ، أنَّه إن صَحَّ أنَّ السَّهْمَ فى لسانِ العَرَبِ السُّدْسُ ، أو صَحَّ الحديثُ المَذْكُورُ ، فهو كما لو وَصَّى له بسُدْسِ مالِه ، وإلَّا فهو كما لو وَصَّى له بجُزْءٍ مِن مالِه على ما اخْتارَه الشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، أنَّ الورثةَ يُعْطُونَه ما شاءُوا . والأَوْلَى أنَّه

الإنصاف

له بسَهْمٍ مِن مالِه ، أُعْطِىَ السُّدْسَ . وقد رُوِىَ عن أبى عبدِ اللهِ روايةٌ أُخْرَى ؛ يُعْطَى سَهْمًا ممَّا تصِحُّ منه الفَرِيضَةُ ، انتهى . فالظَّاهِرُ أنَّه سبْقَةُ قَلَمٍ . والرِّوايةُ الثَّالِثَةُ ، له مثلُ نَصيبِ أقَلِّ الوَرَثَةِ ما لم يَزِدْ على السُّدْسِ[4] . واخْتارَ الخَلَّالُ وصاحِبُه ، له مثلُ نَصِيبِ أقلِّ الوَرَثَةِ ، سواءٌ كان أقَلَّ مِنَ السُّدْسِ أو أكثرَ . قال فى

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) فى م : « فللوصى » .

(٣) فى الأصل : « إحدى » .

(٤) فى الأصل : « الثلث » .

الشرح الكبير

إن ثَبَت أنَّ السَّهْمَ فى كلامِ العرب يُرادُ به السُّدْسُ ، فالحُكْمُ فى ذلك كما لو وَصَّى بالسُّدْسِ سواءً ، وإن لم يَثْبُتْ ذلك ، أُعْطِىَ مثلَ سَهْمِ أقلِّ الورثةِ . وهو اختِيار الخَلَّالِ (١وصاحِبه١) . وإحْدَى الرِّوايات عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ .

الإنصاف

« الهِدايَةِ » ، فى تَتِمَّةِ الرِّوايَةِ : فإنْ زادَ على السُّدْسِ ، (٢أُعْطِىَ السُّدْسَ٢) . وهو قولُ الخَلَّالِ ، وصاحِبه . انتهى . وقيل : يُعْطَى سُدْسًا كامِلًا . أطْلَقه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ . وأطْلَقه الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الرَّوْضَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وجماعةٌ . وهو كالصَّريحِ فى « المُنَوِّرِ » ، فإنَّه قال : وإنْ وَصَّى بسَهْمٍ مِن مالِه ، أُعْطِىَ سُدْسَه . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » والشَّارِحُ : والذى يقْتَضِيه القِياسُ ، أنَّه إنْ صحَّ أنَّ السَّهْمَ فى لِسانِ العَرَبِ السُّدْسُ ، أو صحَّ الحديثُ . وهو أنَّه ، عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ ، أعْطَى رَجُلًا أُوصِىَ له بسَهْمٍ مِن مالِه السُّدْسَ(٣) . فهو كما لو أوْصَى بسُدْسٍ مِن مالِه ، وإلَّا فهو كما لو أوْصَى بجُزْءٍ مِن مالِه . على ما اخْتارَه الإمامُ الشَّافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، رَحِمَهما اللهُ تعالَى ، أنَّ الوَرَثَةَ يُعْطُوه ما شاءُوا .

تنبيه : قوْلُ المُصَنِّفِ ، فى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ والثَّالثةِ : ما لم يزدْ على السُّدْسِ . قالَه القاضى ، وجماعَةٌ مِنَ الأصحابِ ، منهم المُصَنِّفُ ، وأطْلَقَ الباقُون الرِّوايتَيْن ، وقَوَّاه الحارِثِىُّ . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، على الرِّوايةِ الثَّانيةِ والثَّالثةِ : له السُّدْسُ ، وإنْ جاوَزَه المُوصَى به .

(١ - ١) زيادة من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : ط .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٢٠ .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ ، كَثُلُثٍ أَوْ رُبْعٍ ، أَخَذْتَهُ مِنْ مَخْرَجِهِ فَدَفَعْتَهُ إِلَيْهِ ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ عَلَى مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ ، إِلَّا أَنْ يَزِيدَ عَلَى الثُّلُثِ وَلَا يُجِيزُوا لَهُ ، فَتَفْرِضَ لَهُ الثُّلُثَ ، وَتَقْسِمَ الثُّلُثَيْنِ عَلَيْهَا . وَإِنْ وَصَّى بِجُزْأَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، أَخَذْتَهَا مِنْ مَخْرَجِهَا ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَإِنْ زَادَتْ عَلَى الثُّلُثِ وَرَدَّ الْوَرَثَةُ ، جَعَلْتَ

الشرح الكبير

فصل : فلو خَلَّفَ أبوَيْن وابْنَتَيْن ، ووَصَّى لرجلٍ بسُدْسِ مالِه ، ولآخَرَ بسَهْمٍ منه ، جَعَلْتَ ذا السَّهْمِ كأحَدِ الأبوَيْن ، وأعْطَيْتَ صاحِبَ السُّدْسِ سُدْسًا كامِلًا ، وقسمْتَ [٢٠٧/٥ و] الباقِيَ بينَ الورثةِ والوَصِيِّ على سَبْعَةٍ ، فتَصِحُّ مِن اثْنَيْن وأرْبَعِين ، لصاحِبِ السُّدْسِ سَبْعَةٌ ، ولصاحِبِ السَّهْمِ خَمْسَةٌ ، على الرِّواياتِ الثلاثِ . ويَحْتَمِلُ أن يُعْطَى المُوصَى له بالسَّهْمِ السُّبْعَ كامِلًا ، كما لو أوْصَى له به مِن غيرِ وصيةٍ أُخْرَى ، فيكونُ له سِتَّةٌ ، ويَبْقَى تِسْعَةٌ وعِشْرُون على سِتَّةٍ لا تَنْقَسِمُ ، فتَضْرِبُها فى اثْنَيْن وأرْبَعِين ، تكنْ مائتَيْن واثْنَيْن وخَمْسِين .

٢٧٥٤ – مسألة : (وإن وَصَّى بجُزْءٍ مَعْلُومٍ ، كثُلُثٍ أو رُبْعٍ ، أخذْتَه مِن مَخْرَجِه فدَفَعْتَه إليه ، وقَسَمْتَ الباقِيَ على مسألةِ الورثةِ ، إلَّا أن يَزِيدَ على الثُّلُثِ ولا يُجِيزُوا له ، فتفرضَ له الثُّلُثَ ، وتَقْسِمَ الثُّلُثَيْن عليها) فإن لم تَنْقَسِمْ ، ضَرَبْتَ المسألةَ أو وَفْقَها فى مَخْرَجِ الوصيةِ ، فما بَلَغ فمنه تَصِحُّ .

٢٧٥٥ – مسألة : (وإن وَصَّى بجُزْأيْن أو أكثَرَ ، أخذْتَها مِن مَخْرَجِها ، وقَسَمْتَ الباقِيَ على المسألةِ ، فإن زادَتْ على الثُّلُثِ وردُّوا ،

الإنصاف

....

المقنع

السِّهَامَ الْحَاصِلَةَ لِلْأَوْصِيَاءِ ثُلُثَ الْمَالِ ، وَدَفَعْتَ الثُّلُثَيْنِ إِلَى الْوَرَثَةِ .

فَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلِآخَرَ بِرُبْعِهِ ، وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ ، أَخَذْتَ الثُّلُثَ وَالرُّبْعَ مِنْ مَخْرَجِهِمَا سَبْعَةً مِنَ اثْنَىْ عَشَرَ ، وَتَبْقَى خَمْسَةٌ لِلِابْنَيْنِ إِنْ أَجَازَا ، وَإِنْ رَدَّا جَعَلْتَ السَّبْعَةَ ثُلُثَ [١٦٩و] الْمَالِ ، فَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ إِحْدَى وَعِشْرِينَ ، وَإِنْ أَجَازَا لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، أَوْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا لَهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، أَوْ أَجَازَ كُلُّ وَاحِدٍ لِوَاحِدٍ ، فَاضْرِبْ وَفْقَ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ ، وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمَانِيَةً وَسِتِّينَ ، لِلَّذِى أُجِيزَ لَهُ سَهْمُهُ مِنْ مَسْأَلَةِ

الشرح الكبير

جَعَلْتَ السِّهامَ الحاصِلَةَ للأَوْصِياءِ ثُلُثَ المالِ ، وقَسمْتَ الثُّلُثَيْن على الورثةِ) .

٢٧٥٦ – مسألة : (فإذا أَوْصَى لرجلٍ بثُلُثِ مالِه ، ولآخَرَ برُبْعِه ، وخلَّفَ ابْنَيْن ، أخَذْتَ الثُّلُثَ والرُّبْعَ مِن مَخْرَجِهما سَبْعَةً مِن اثْنَىْ عَشَرَ ، يَبْقَى للابْنَيْن خَمْسَةٌ إن أجازا ، وإن رَدّا جَعَلْتَ السَّبْعَةَ ثُلُثَ المالِ ، فتكونُ المسألةُ مِن أحَدٍ وعِشْرِين) للوَصِيَّيْن الثُّلُثُ سَبْعَةٌ ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ أربعةٌ ، ولصاحِبِ الرُّبْعِ ثلاثةٌ ، ولكلِّ واحِدٍ مِن الابْنَيْن سَبْعَةٌ (فإن أجازا لأحَدِهما دُونَ الآخَرِ ، أو أجاز أحَدُهما لهما دُونَ الآخرِ ، أو أجازَ كلُّ واحِدٍ) مِن الابْنَيْن (لواحِدٍ ، فاضْرِبْ وَفْقَ مسألةِ الإِجازَةِ ، وهى ثمانيةٌ فى مسألةِ الرَّدِّ ، تكنْ مائةً وثمانيةً وسِتِّين ، للذى أُجِيزَ له سَهْمُه مِن مسألةِ

الإنصاف

....

المقنع

الْإِجَازَةِ مَضْرُوبٌ فِي وَفْقِ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَلِلَّذِى رُدَّ عَلَيْهِ سَهْمُهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ فِي وَفْقِ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ ، وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ ، وَلِلَّذِى أَجَازَ لَهُمَا نَصِيبُهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ فِي وَفْقِ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَلِلْآخَرِ سَهْمُهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ فِي وَفْقِ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ عَلَى سَبْعَةٍ .

الشرح الكبير

الإجازَةِ مَضْرُوبٌ فى وَفْقِ مسألةِ الرَّدِّ ، وللمَرْدُودِ عليه سَهْمُه مِن مسألةِ الرَّدِّ مَضْرُوبٌ فى وَفْقِ مسألةِ الإجازَةِ ، والباقِى للورثةِ ، وللذى أجاز لهما سَهْمُه مِن مسألةِ الإجازَةِ فى وَفق مسألةِ الرَّدِّ ، وللآخرِ سَهْمُه مِن مسألةِ الرَّدِّ فى وَفْقِ مسألةِ الإجازَةِ ، والباقِى بينَ الوَصِيَّيْنِ على سَبْعَةٍ) وبَيانُ ذلك أنَّ مسألةَ الإجازَةِ مِن اثنى عَشَرَ ؛ لأنَّها مَخْرَجُ الثُّلُثِ والرُّبْعِ ، لصاحِبِ الثُّلُثِ أربعةٌ ، ولصاحِبِ الرُّبْعِ ثلاثةٌ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ للابْنَيْن ، لا تَصِحُّ عليهما ، تَضْرِبُ اثْنَيْن فى أصْلِه ، تكنْ أربعةً وعِشْرِين ، للمُوصَى لهما سَبْعَةٌ فى اثْنَيْن أربعةَ عَشَرَ ، لصاحِبِ الثُّلُثِ ثمانيةٌ ، ولصاحِبِ الرُّبْعِ سِتَّةٌ ، يَبْقَى عَشَرَةٌ للابْنَيْن ، لكلِّ واحدٍ خَمْسَةٌ . ومسألةُ الرَّدِّ مِن أحَدٍ وعِشْرِين ؛ لأنَّ ثُلُثَها سَبْعَةٌ للمُوصَى لهما ، ويَبْقَى أربعةَ عَشَرَ للابْنَيْن بينَهما نِصْفَيْن . فإن أجازا[1] [٥/٢٠٧ ظ] لأحَدِهما دُونَ الآخرِ ، أو أجاز أحَدُ الابْنَيْن لهما دُونَ الآخرِ ، أو أجاز كلُّ واحِدٍ لواحِدٍ ، فوافِقْ بينَ مسألةِ الإجازَةِ ومسألةِ الرَّدِّ ، وهما مُتَّفِقانِ بالأثْلاثِ ، فاضْرِبْ ثُلُثَ إحْداهما فى جَمِيعِ

الإنصاف ....

---

(١) فى الأصل : « أجازوا » .

الشرح الكبير

الأُخْرَى ، تكنْ مائةً وثمانيةً وسِتِّين كما ذُكِر . فإن كانتِ الإِجازَةُ لصاحِبِ الثُّلُثِ وَحْدَه ، فسَهْمُه مِن مسألةِ الإِجازَةِ ثمانيةٌ مَضْرُوبٌ فى وَفْقِ مسألةِ الرَّدِّ - وهى سَبْعَةٌ - سِتَّةٌ وخَمْسُون ، لصاحبِ الرُّبْعِ نَصِيبُه مِن مسألةِ الرَّدِّ ثلاثَةٌ فى وَفْقِ مسألةِ الإِجازَةِ - ثمانيةٌ - تكنْ أربعةً وعِشْرِين ، صار المَجْمُوعُ للوَصِيَّيْن ثمانين سَهْمًا ، والباقِى بينَ الابْنَيْن - وهو ثَمانِيةٌ وثَمانُون - لكلِّ ابنٍ أربعةٌ وأرْبَعُون سَهْمًا . وإن أجازا لصاحِبِ الرُّبْعِ وَحْدَه ، أخَذْتَ سَهْمَه مِن مسألةِ الإِجازَةِ ، سِتَّةً مِن أربعةٍ وعِشْرِينَ ، فتَضْرِبُها فى وَفْقِ مسألةِ الرَّدِّ ، وهو سَبْعَةٌ ، تكن اثْنَيْن وأرْبَعِين ، تَدْفَعُها إليه ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمُه مِن مسألةِ الرَّدِّ أربعةٌ ، تَضْرِبُها فى وَفْقِ مسألةِ الإِجازَةِ ، وهو ثمانيةٌ ، تكن اثْنَيْن وثَلاثِين ، فصار المَجْمُوعُ أربعةً وسَبْعِين ، يَبْقَى أربعةٌ وتِسْعُون للابْنَيْن . فإن أجازَ أحَدُ الابْنَيْنِ لهما ، ورَدَّ الآخَرُ ، فللذى أجاز سَهْمُه مِن مسألةِ الإِجازَةِ خَمْسَةٌ ، مَضْرُوبٌ فى وَفْقِ مسألةِ الرَّدِّ - سَبْعَةٌ - تكنْ خَمْسَةً وثَلاثِينَ ، وللذى رَدَّ سَهْمُه مِن مسألةِ الرَّدِّ - سَبْعَةٌ - مَضْرُوبٌ فى وَفْقِ مسألةِ الإِجازَةِ - وهو ثمانيةٌ - سِتَّةٌ وخَمْسُون ، تَضُمُّها إلى خَمْسَةٍ وثَلاثِين ، تكنْ إحْدَى وتِسْعِين ، يَبْقَى للوَصِيَّيْن سَبْعَةٌ وسَبْعُون بينَهما على سَبْعَةٍ ، لصاحِبِ الثُّلُثِ أربعةٌ وأرْبَعُون ، ولصاحِبِ الرُّبْعِ ثلاثةٌ وثلاثُون . فإن أجازَ كلُّ واحِدٍ منهما لواحِدٍ ، فإنَّ صاحِبَ الثُّلُثِ إذا أجاز له الابْنان ، كان له ستةٌ وخمسون ، وإذا رَدَّا عليه ، كان له اثنان وثلاثون ، فقد نَقَصَه رَدُّهما أربعةً وعِشْرِين ،

الشرح الكبير

فَيَنْقُصُه رَدُّ أحَدِهما نِصْفَ ذلك اثْنَيْ عَشَرَ ، يَبْقَى له أربعةٌ وأرْبَعُون . وصاحِبُ الرُّبْعِ إذا أجازا له كان له اثْنانِ وأرْبَعُون ، وإن رَدَّا عليه كان له أربعةٌ وعِشْرُون ، فقد نَقَصَه رَدُّهما ثَمانيةَ عَشَرَ ، فَيَنْقُصُه رَدُّ أحَدِهما نِصْفَها ، يَبْقَى له ثلاثةٌ وثَلاثُونَ . وأمّا الابْنان[1] ، فالذى أجاز لصاحِبِ الثُّلُثِ إذا أجاز لهما ، كان له خَمْسَةٌ وثَلاثُون ، وإذا رَدَّ عليهما ، كان له سِتَّةٌ وخَمْسُون ، فتَنْقُصُه الإجازَةُ لهما أحَدًا وعِشْرِين ، [٥/٢٠٨ و] لصاحِبِ الثُّلُثِ منها اثْنا عَشَرَ ، يَبْقَى له أربعةٌ وأرْبَعُون ، والذى أجاز لصاحِبِ الرُّبْعِ ، إذا أجاز لهما كان له خَمْسَةٌ وثَلاثُون ، وإذا رَدَّ عليهما كان له سِتَّةٌ وخَمْسُون ، فقد نَقَصَتْه الإجازَةُ أحَدًا وعِشْرِين ، منها تِسْعَةٌ لصاحِبِ الرُّبْعِ ، بَقِيَ له سَبْعَةٌ وأرْبَعُون ، وللوَصِيَّيْن سَبْعَةٌ وسَبْعُون ، لصاحِبِ الثُّلُثِ أربعةٌ وأرْبعونُ ، ولصاحِبِ الرُّبْعِ ثَلاثَةٌ وثلاثُونَ ، فصار المَجْمُوعُ لهما وللابْنَيْن مائةٌ وثَمانيةٌ وسِتُّون .

فصل : إذا أوْصَى لرجلٍ بنِصْفِ مالِه ولآخَرَ برُبْعِه ، فأجاز الورثةُ ، فلصاحِبِ النِّصْفِ نِصْفُ المالِ ، والرُّبْعُ للآخرِ . وإن رَدُّوا ، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بينَ الوصِيَّيْن على قَدْرِ سِهامِهما ، لصاحِبِ النِّصْفِ ثُلُثاه ، وللآخَرِ ثُلُثُه ، وقَسَمْتَ الثُّلُثَيْن على الورثةِ . هذا قولُ الجُمْهُورِ ؛ منهم الحسنُ ، والنَّخَعِيُّ ، ومالكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ،

الإنصاف ....

(١) فى م : « الاثنان » .

الشرح الكبير

وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا يَضْرِبُ المُوصَى له بزِيادَةٍ على الثُّلُثِ فى حالِ الرَّدِّ بأكْثَرَ مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّ ما زاد على الثُّلُثِ باطِلٌ ، فكيف يَضْرِبُ به ؟ ولَنا ، أنَّه فاضَلَ بينَهما فى الوصيةِ ، فوَجَبَتِ المُفاضَلَةُ بينَهما فى حالِ الرَّدِّ ، كما لو وَصَّى بالثُّلُثِ والرُّبْعِ ، أو بمائةٍ ومائتَيْن ومالُه أرْبَعُمائةٍ ، وبهذا يَبْطُلُ ما ذَكَرُوه ، ولأنَّها وصيةٌ صحيحةٌ ضاق عنها الثُّلُثُ ، فقُسِمَ بينَهم على قَدْرِ الوصايا ، كالثُّلُثِ والرُّبْعِ ، ودَعْوَى بُطْلانِ الوصيةِ فيما زاد على الثُّلُثِ مَمْنُوعٌ ، وقد ذَكَرْنا ما يَدُلُّ على صِحَّتِها فيما مَضَى . فعلى قولِنا فى هذه المسألةِ ، فللمُوصَى لهما ثلاثةُ أرْباعٍ إن أجاز الورثةُ ، ويَبْقَى للورثةِ الرُّبْعُ . وإن رَدُّوا ، فالثُّلُثُ بينَ الوَصِيَّيْن على ثلاثةٍ ، والمسألةُ كلُّها مِن تِسْعَةٍ . وإن أجازوا لأحَدِهما دُونَ صاحِبِه ، ضَرَبْتَ مسألةَ الرَّدِّ فى مسألةِ الإِجازَةِ ، وأعْطَيْتَ المُجازَ له سَهْمَه مِن مسألةِ الإِجازَةِ فى مسألةِ الرَّدِّ ، والمَرْدُودَ عليه سَهْمَه مِن مسألةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فى مسألةِ الإِجازَةِ . فإن أجاز بعضُ الورثةِ لهما ، ورَدَّ الباقون عليهما ، أعْطَيْتَ للمُجيزِ سَهْمَه مِن مسألةِ الإِجازَةِ فى مسألةِ الرَّدِّ ، ومَن لم يُجزْ سَهْمَه مِن مسألةِ الرَّدِّ فى مسألةِ الإِجازَةِ ، وقَسَمْتَ الباقِىَ بينَ الوَصِيَّيْن على ثلاثةٍ . فإنِ اتَّفَقَتِ المَسْألَتان ، ضَرَبْتَ وَفْقَ إحْداهما فى الأُخْرَى ، ومَن له سَهْمٌ مِن إحْدَى المَسْألَتَيْن مَضْرُوبٌ فى وَفْقِ الأُخْرَى . وإن دَخَلَتْ إحْدَى المَسْألَتَيْن فى الأُخْرَى اجْتَزَأْتَ بأكْثَرِهما ،

الإنصاف ....

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ زَادَتِ الْوَصَايَا عَلَى الْمَالِ عَمِلْتَ فِيهَا مَسَائِلَكَ فِي مَسَائِلِ الْعَوْلِ .

الشرح الكبير

فتقولُ فى هذه المسألةِ : إذا كان(1) أُمًّا وثَلاثَ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ(2) ، فأجازوا ، فالمسألةُ مِن أربعةٍ ، للوَصِيَّيْن ثلاثةٌ ، ويَبْقى سَهْمٌ على سِتَّةٍ ، تَضْرِبُها فى [٥/٢٠٨ ظ] أربعةٍ ، تكنْ أرْبَعَةً وعِشْرِين . وإن رَدُّوا فللوَصِيَّيْن الثُّلُثُ ثلاثةٌ مِن تِسْعَةٍ ، يَبْقَى سِتَّةٌ على المسألةِ وهى سِتَّةٌ ، فتَصِحُّ مِن تِسْعَةٍ . وإن أجازُوا لصاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَه ، ضَرَبْتَ وَفْقَ التِّسْعَةِ فى أربعةٍ وعِشْرِين ، تكنِ اثْنَيْن وسَبْعِين ، لصاحِبِ النِّصْفِ اثْنا عَشَرَ فى ثلاثةٍ ، سِتَّةٌ وثَلاثُون ، وللآخرِ سَهْمٌ فى ثَمانيةٍ ، يَبْقَى ثمانيةٌ وعِشْرُون للوَرَثةِ . وإن أجازَتِ الأُمُّ لهما ورَدَّ الباقُونَ عليهما أعْطَيْتَ الأُمَّ سَهْمًا فى ثلاثةٍ ، وللباقِين خَمْسَةَ أسْهُمٍ فى ثمانيةٍ ، فالجَميعُ ثلاثةٌ وأرْبَعُون ، يَبْقى تِسْعَةٌ وعِشْرُون بينَ الوَصِيَّيْن على ثلاثةٍ . وإن أجازَتِ الأُخْتُ مِن الأبوَيْن وَحْدَها فلها تِسْعَةٌ ، ولباقِى الورثةِ أربعةٌ وعِشْرُون ، يَبْقَى تِسْعَةٌ وثَلاثُون لهما ، على ثلاثةٍ ، لصاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةٌ وعِشْرُون ، ولصاحِبِ الرُّبْعِ ثلاثةَ عَشَرَ .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (فإن زادَتِ الوصايا على المالِ عَمِلْتَ فيها عَمَلَك فى مسائِلِ العَوْلِ) فتَجْعَلُ وصاياهُم كالفُرُوضِ التى فَرَضَها(3) اللهُ تعالى للورثةِ إذا زادَتْ على المالِ . وإن رَدُّوا قَسَمْتَ الثُّلُثَ

الإنصاف ....

---

(1) أى الورثة .

(2) فى م : « متفرقات » .

(3) فى م : « فرض » .

المقنع

فَإِذَا وَصَّى بِنِصْفٍ وَثُلُثٍ وَرُبْعٍ وَسُدْسٍ ، أَخَذْتَهَا مِنَ اثْنَىْ عَشَرَ ، وَعَالَتْ إِلَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، فَتَقْسِمُ الْمَالَ كَذَلِكَ إِنْ أُجِيزَ لَهُمْ ، أَوِ الثُّلُثَ إِنْ رُدَّ عَلَيْهِمْ .

الشرح الكبير

بينَهم على تلك السِّهامِ (فإذا وَصَّى بِنِصْفٍ وثُلُثٍ ورُبْعٍ وسُدْسٍ ، أخذْتَها مِن) مَخْرَجِها (اثْنَىْ عَشَرَ ، وعالَتْ إلى خَمْسَةَ عَشَرَ ، وقَسَمْتَ المالَ بينَهم كذلك إن أُجِيزَ لهم ، والثُّلُثَ إن رُدَّ عليهم) فتَصِحُّ فى حالِ الإجازَةِ مِن خَمْسَةَ عَشَرَ ، وفى الرَّدِّ مِن خَمْسَةٍ وأرْبَعِين . هذا قولُ النَّخَعِىِّ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ . قال سعيدُ بنُ مَنْصُورٍ[1] : ثنا أبو مُعاوِيَةَ ، ثنا أبو عاصِمٍ الثَّقَفِىُّ ، قال : قال لى إبراهيمُ النَّخَعِىُّ : ما تقولُ فى رجلٍ أَوْصَى بِنِصْفِ مالِه وثُلُثِ مالِه ورُبْعِ مالِه ؟ قُلْتُ : لا يجوزُ . قال : فإنَّهم قد أجازوا . قلتُ : لا أدْرِى . قال : امْسِكِ اثْنَىْ عَشَرَ ، فأخْرِجْ نِصْفَها سِتَّةً ، وثُلُثَها أرْبَعَةً ، ورُبْعَها ثلاثةً ، فاقْسِمِ المالَ على ثلاثةَ عَشَرَ ، لصاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةٌ ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ أربعةٌ ، ولصاحِبِ الرُّبْعِ ثلاثةٌ . وكان أبو حنيفةَ يقولُ : يَأْخُذُ أكْثَرُهم وصيةً ما يَفْضُلُ به على مَن دُونَه ، ثم يَقْسِمُون الباقِىَ إن أجازُوا ، وفى الرَّدِّ لا يُضْرَبُ لأحَدٍ بأكْثَرَ [2]مِن الثُّلُثِ[2] ، وإن نَقَص بعضُهم عن الثُّلُثِ أخذَ أكْثَرُهم[3] ما يَفْضُلُ به

الإنصاف

....

---

(١) فى : باب الرجل يوصى للرجل فيموت الموصى له . السنن ١/١١٦ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب العول فى الوصايا ...، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٧٢ ، ٢٧٣ .

(٢ - ٢) فى م : « بالثلث » .

(٣) فى م : « أكثر » .

الشرح الكبير

على مَن دُونَه . ومثالُ ذلك ، رجلٌ أوْصَى بثُلُثَىْ مالِه ونِصْفِه و ثُلُثِه ، فالمالُ بينَهم على تِسْعَةٍ فى الإجازَةِ ، والثُّلُثُ بينَهم كذلك فى الرَّدِّ ، كمسألةٍ فيها زَوجٌ وأُخْتان لأبٍ وأُخْتان لأُمٍّ . وقال أبو حنيفةَ : صاحِبُ الثُّلُثَيْن يَفضُلُهما بسُدْسٍ فيَأْخُذُه ، وهو وصاحِبُ النِّصْفِ يَفْضُلانِ [٥/٢٠٩ و] صاحِبَ الثُّلُثِ بسُدْسٍ ، فيَأْخُذانِه بينَهما نِصْفَيْن ، ويَقْتَسِمُون الباقِىَ بينَهم أثْلاثًا . وتَصِحُّ مِن سِتَّةٍ وثَلاثين ، لصاحِبِ الثُّلُثَيْن سَبْعَةَ عَشَرَ ، ولصاحِبِ النِّصْفِ أحَدَ عَشَرَ ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ ثمانيةٌ . وإن رَدُّوا قُسِم بينَهم على ثَلاثةٍ . ولو أوْصَى لرجلٍ بجَمِيعِ مالِه ولآخَرَ بثُلُثِه ، فالمالُ بينَهما على أربعةٍ إن أجازوا ، والثُّلُثُ بينهما كذلك فى حالِ الرَّدِّ . وعندَ أبى حنيفةَ ، إن أجازوا فلصاحِبِ المالِ الثُّلُثان ، يَنْفَرِدُ بهما ، ويُقاسِمُ صاحِبَ الثُّلُثِ ، فيَحْصُلُ له خَمْسَةُ أسْداسٍ ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ السُّدْسُ ، وإن رَدُّوا ، اقْتَسَما الثُّلُثَ نِصْفَيْن ، فلا يَحْصُلُ لصاحِبِ الثُّلُثِ إلَّا السُّدْسُ فى حالِ الإجازَةِ والرَّدِّ جميعًا . ولو جَعَل مَكانَ الثُّلُثِ سُدْسًا لكان لصاحِبِ المالِ خَمْسَةُ أسْداسِه فى الإجازَةِ ، ويُقاسِمُ صاحِبَ السُّدْسِ فيَأْخُذُ نِصْفَه ، ويَبْقَى لصاحِبِ السُّدْسِ سَهْمٌ مِن اثْنَى عَشَرَ . وفى الرَّدِّ ، يَقْتَسِمان الثُّلُثَ بينَهما أثْلاثًا ، فيَحْصُلُ لصاحِبِ السُّدْسِ التُّسْعُ ، سَهْمٌ مِن تِسْعَةٍ ، وذلك أكْثَرُ مِمّا حَصَل له فى حالِ الإجازَةِ ، وهذا دَلِيلٌ على فَسادِ هذا القولِ ؛ لزِيادَةِ سَهْمِ المُوصَى له فى الرَّدِّ على حالِ الإجازَةِ . ومتى كان للوَصِىِّ حَقٌّ فى حالِ الرَّدِّ ، لا يَنْبَغِى أن يَتَمكَّنَ الوارِثُ مِن تَغْيِيرِه ولا تَنْقِيصِه ولا أخْذِه منه ولا صَرْفِه إلى غيرِه ، مع أنَّ ما ذَهَب إليه الجُمْهُورُ ، نَظِيرُه مسائِلُ العَوْلِ فى

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ [١٦٩ظ] وَلِآخَرَ بِنِصْفِهِ ، وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ ، فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ إِنْ أُجِيزَ لَهُمَا ، وَالثُّلُثُ عَلَى ثَلَاثَةٍ مَعَ الرَّدِّ ، فَإِنْ أُجِيزَ لِصَاحِبِ الْمَالِ وَحْدَهُ ، فَلِصَاحِبِ النِّصْفِ

الشرح الكبير

الفَرائِضِ والدُّيونِ ، وما ذكَرَه لا نَظِيرَ له ، مع أنَّ فَرْضَ اللهِ تعالى للوارِثِ آكَدُ مِن فَرْضِ المُوصِى ووصيتِه ، ثم إنَّ صاحِبَ الفَضْلِ المَفْرُوضِ لا يَنْفرِدُ بفَضْلِه ، فكذا فى الوصايا .

٢٧٥٧ – مسألة : (وإن وَصَّى لرجلٍ بجَمِيعِ مالِه ولآخَرَ بنِصْفِه ، وخَلَّفَ ابْنَيْن ، فالمالُ بينهما على ثلاثةٍ إن أُجِيزَ لهما ، والثُّلُثُ على ثلاثةٍ إن رُدَّ عليهما) إنَّما كان كذلك ؛ لأنَّك إذا بَسَطْتَ المالَ مِن جِنْسِ الكَسْرِ ، كان نِصْفَيْن ، فإذا ضَمَمْتَ إليهما[1] النِّصْفَ الآخَرَ صارت ثلاثةً ، فيُقْسَمُ المالُ على ثلاثةٍ ، ويَصِيرُ النِّصْفُ ثُلُثًا ، كمسألةٍ فيها زَوجٌ وأُمٌّ وثلاثُ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ[2] ، وإن رَدُّوا ، فالثُّلُثُ بينهما على ثلاثةٍ .

الإنصاف

قوله : وإنْ وَصَّى لرَجُلٍ بجميعِ مالِه ، ولآخَرَ بِنِصْفِه ، فالمالُ بينهما على ثَلاثَةٍ ، إنْ أُجِيزَ لهما ، والثُّلُثُ على ثَلاثَةٍ مع الرَّدِّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وفى « التَّرْغِيبِ » وَجْهٌ فى مَن أَوْصَى بمالِه لوارِثِه ، ولآخَرَ بثُلُثِه ، وأُجِيزَ ، فللأَجْنَبِىِّ ثُلُثُه ، ومع الرَّدِّ ، هل الثُّلُثُ بينَهما على أرْبَعَةٍ ، أو على ثَلاثَةٍ ، أو هو للأَجْنَبِىِّ ؟ فيه الخِلافُ .

قوله : فإنْ أُجِيزَ لصاحِبِ المالِ وَحْدَه ، فلصاحِبِ النِّصْفِ التُّسْعُ ، والباقِى لصاحِبِ المالِ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ،

(١) فى الأصل : « إليها » .

(٢) فى م : « متفرقات » .

المقنع

التُّسْعُ ، وَالْبَاقِى لِصَاحِبِ الْمَالِ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِى الْآخَرِ ، لَيْسَ لَهُ إِلَّا ثُلُثَا الْمَالِ الَّتِى كَانَتْ لَهُ فِى حَالِ الْإِجَازَةِ لَهُمَا ، يَبْقَى التُّسْعَانِ لِلْوَرَثَةِ .

وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَهُ ، فَلَهُ النِّصْفُ فِى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَفِى الْآخَرِ لَهُ الثُّلُثُ ، وَلِصَاحِبِ الْمَالِ التُّسْعَانِ .

الشرح الكبير

٢٧٥٨ – مسألة : (فإن أجازُوا لِصاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَه) ، فلصاحِبِ المالِ التُّسْعان ، ولصاحِبِ النِّصْفِ النِّصْفُ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن لأنَّه مُوصًى له به ، وإنَّما مَنَعَه أخْذَه فى حالِ الإِجازَةِ لهما مُزاحَمَةُ صاحِبِه ، فإذا زالت مُزاحَمَتُه أخَذَ جَمِيعَ وصيتِه . والثانِى ، ليس له إلَّا الثُّلُثُ الذى كان له فى حالِ الإِجازَةِ لهما ؛ لأنَّ ما زاد على [٢٠٩/٥ ظ] ذلك إنَّما كان حَقًّا لصاحِبِ المالِ أخَذَه الورثةُ منه بالرَّدِّ ، فيَأْخُذُه الابنان . وإن أجازا لصاحِبِ الكُلِّ وحدَه ، فله ثمانيةُ أتساعٍ ، على الوَجْهِ الأوَّلِ ، والتُّسْعُ للآخَرِ . وعلى الوَجْهِ الثانِى ، ليس له إلَّا الثُّلُثان اللَّذان كانا له فى حالِ الإِجازَةِ لهما ، ويَبْقَى التُّسْعان للورثةِ .

الإنصاف

و « المُحرَّرِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وفى الآخَرِ ، ليس له إلَّا ثُلُثا المالِ الذى كان له فى حالِ الإِجازَةِ لهما ، ويبْقَى التُّسْعان للوَرَثَةِ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وأطْلَقهما فى « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « القَواعِدِ » .

قوله : وإنْ أَجازُوا لصاحِبِ [٢٧٧/٢و] النِّصْفِ وَحْدَه ، فله النِّصْفُ ، على الوَجْهِ الأوَّلِ ، وهو المذهبُ . وعلى الوَجْهِ الثَّانى ، له الثُّلُثُ ، ولصاحِبِ المالِ

المقنع

وَإِنْ أَجَازَ أَحَدُ الِابْنَيْنِ لَهُمَا ، فَسَهْمُهُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَإِنْ أَجَازَ لِصَاحِبِ الْمَالِ وَحْدَهُ ، دَفَعَ إِلَيْهِ كُلَّ مَا فِي يَدِهِ أَوْ ثُلُثَيْهِ ، عَلَى اخْتِلَافِ الْوَجْهَيْنِ ، وَإِنْ أَجَازَ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ، دَفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ وَنِصْفَ سُدْسِهِ أَوْ ثُلُثِهِ .

الشرح الكبير

٢٧٥٩ – مسألة : (فإن أجازَ أحَدُ الابْنَيْن لهما) دُونَ الآخَرِ (فسَهْمُه بينَهما على ثلاثةٍ) ولا شيءَ للمُجيزِ ، وللابنِ الآخَرِ الثُّلُث ، والثُّلُثان بينَ الوَصِيَّيْن على ثلاثةٍ . فإن أجاز أحَدُهما (لصاحِبِ المالِ وحدَه) فللآخَرِ التُّسْعُ ، وللابنِ الآخَرِ الثُّلُث ، والباقِى لصاحِبِ المالِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وفى الآخَرِ ، له أرْبَعةُ أتساعٍ ، والتُّسْعُ الباقِى للمُجيزِ (وإن أجاز لصاحِبِ النِّصْفِ) وحدَه ، دَفَع إليه نِصْفَ ما يَتِمُّ به النِّصْفُ ، وهو تُسْعٌ ونِصْفُ سُدْسٍ فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، وهو ثُلُثُ ما فى يَدِه ورُبْعُه . وفى الآخَرِ ، يَدْفَعُ التُّسْعَ ، وهو ثُلُثُ ما فى يَدِه فيَصِيرُ له تُسْعان ، ولصاحِبِ المالِ تُسْعان ، وللمُجيزِ تُسْعان ، والثُّلُثُ للذى لم يُجزْ . وتَصِحُّ مِن تِسْعَةٍ . وعلى الوجهِ الأولِ ، تَصِحُّ مِن ستَّةٍ وثَلاثين ؛ للذى لم يُجزِ اثْنا عَشَرَ ، وللمُجيزِ خَمْسَةٌ ، ولصاحِبِ النِّصْفِ أحَدَ عَشَرَ ، ولصاحِبِ المالِ ثمانيةٌ ؛ وذلك لأنَّ مسألةَ الرَّدِّ مِن تِسْعَةٍ ، لصاحِبِ النِّصْفِ منها سَهْمٌ ، فلو أجاز له الابنان ، كان له تَمامُ النِّصْفِ ثَلاثَةٌ ونِصْفٌ ، فإذا أجاز له أحَدُهما لَزِمَه نِصْفُ ذلك ، وهو سَهْمٌ ونِصْفٌ ورُبْعٌ ، فتَضْرِبُ مَخْرَجَ الرُّبْعِ فى تِسْعَةٍ ، تكنْ سِتَّةً وثَلاثِين .

الإنصاف

التُّسْعان . والوَجْهان الآتِيَان فى كلامِ المُصَنِّفِ ، بعدَ هذا ، مَبْنِيَّان على الوَجْهَيْن المُتَقَدِّمَيْن ، وقد عَلِمْتَ المذهبَ منهما .

المقنع

فَصْلٌ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِالْأَجْزَاءِ وَالْأَنْصِبَاءِ : إِذَا خَلَّفَ ابْنَيْنِ ، وَوَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنٍ ، فَفِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ ثُلُثُ الْمَالِ عِنْدَ الْإِجَازَةِ ، وَعِنْدَ الرَّدِّ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ نِصْفَيْنِ . [١٧٠و] وَالثَّانِي ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ مِثْلُ مَا يَحْصُلُ لِابْنٍ ، وَهُوَ ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَذَلِكَ التُّسْعَانِ عِنْدَ الْإِجَازَةِ ، وَعِنْدَ الرَّدِّ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةٍ .

الشرح الكبير

فصلٌ في الجَمْعِ بينَ الوصيةِ بالأنْصِباءِ والأجْزاءِ : (إذا خَلَّفَ ابْنَيْن ، ووَصَّى لرجلٍ بثُلُثِ مالِه ، ولآخَرَ بمِثْلِ نَصيبِ ابنٍ ، ففيها وَجْهان ؛ أَحدُهما ، لصاحِبِ النَّصيبِ ثُلُثُ المالِ في حالِ الإجازَةِ) كما لو لم يكنْ معه وَصِيٌّ آخَرُ . وهذا قولُ يَحْيَى بن آدَمَ (وعندَ الرَّدِّ ، يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينَ الوَصِيَّيْن نِصْفَيْن) لأنَّه وَصَّى لهما بثُلُثَيْ مالِه ، وقد رَجَعَتْ وَصِيَّتُهما بالرَّدِّ إلى نِصْفِها ، وتَصِحُّ مِن سِتَّةٍ . والوجهُ الثاني ، يَحْصُلُ (لصاحِبِ النَّصِيبِ مِثْلُ ما يَحْصُلُ للابْنِ ، وهو ثُلُثُ الباقِي ، وذلك التُّسْعانِ عندَ الإجازَةِ) لأنَّ للمُوصَى له بالثُّلُثِ ثُلُثَ المالِ ، ويَبْقَى سَهْمان بينَ المُوصَى

الإنصاف

قوله : إذا خَلَّفَ ابْنَيْن ، وأَوْصَى لرَجُلٍ بثُلُثِ مالِه ، ولآخَرَ بمثلِ نَصِيبِ ابْنٍ ، ففيها وَجْهان . وأطْلَقَهما في « المُغْنِي » ، و « الكافِي » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفروعِ » ؛ أحدُهما ، لصاحِبِ النَّصِيبِ ثُلُثُ المالِ عندَ الإجازَةِ ، وعندَ الرَّدِّ ، يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينَ الوَصِيَّيْن نِصْفَيْن . وهو المذهبُ . قال في

المقنع

وَإِنْ كَانَ الْجُزْءُ الْمُوصَى بِهِ النِّصْفَ ، خُرِّجَ فِيهَا وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْنِ ، وَفِي الرَّدِّ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةَ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لِصَاحِبِ النِّصْفِ تِسْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ النَّصِيبِ أَرْبَعَةٌ .

الشرح الكبير

له بالنَّصِيبِ وبينَ الابْنَيْن على ثلاثةٍ ، لا تَصِحُّ ، تَضْرِبُها في ثلاثةٍ ، تكنْ تِسْعَةً ؛ لصاحِبِ الثُّلُثِ ثَلاثةٌ ويَبْقى ستةٌ ، لكلِّ ابنٍ سَهْمان ، وللمُوصَى له بالنَّصِيبِ سهمان وهي التُّسْعان (وفي الرَّدِّ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينهما على خَمْسَةٍ) التي كانت لهما في حالِ الإجازَةِ ، لصاحِبِ الثُّلُثِ ثلاثةٌ ، ولصاحِبِ النَّصِيبِ سَهْمان .

[٥/٢١٠ و] **٢٧٦٠** – مسألة : (وإن كان الجُزْءُ المُوصَى به النِّصْفَ ، خُرِّجَ فيها وَجْهٌ ثالِثٌ ، وهو أن يكونَ لصاحِبِ النَّصِيبِ في حالِ الإجازَةِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْن ، وفي الرَّدِّ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينهما على ثلاثةَ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لصاحِبِ النِّصْفِ تِسْعَةٌ ، ولصاحِبِ النَّصِيبِ أربعةٌ) وإنَّما كان كذلك ؛

الإنصاف

« الهِدايَةِ » : هذا قِياسُ المذهبِ عندِي . وجزَم به في « الوَجيزِ » . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و« الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثَّاني ، لصاحِبِ النَّصِيبِ مثلُ ما يحْصُلُ لابْنٍ ، وهو ثُلُثُ الباقِي ، وذلك التُّسْعانِ عندَ الإجازَةِ ، وعندَ الرَّدِّ ، يقْسَمُ الثُّلُثُ بينَهما على خَمْسَةٍ . وهو احْتِمالٌ في « الهِدايَةِ » . وقدَّمه في « المُسْتَوْعِبِ » . قال الحارِثِيُّ : وهذا أصحُّ بلا مِرْيَةٍ .

قوله : وإنْ كان الجُزْءُ المُوصَى به النِّصْفَ ، خُرِّج فيها وَجْهٌ ثالِثٌ ؛ وهو أنْ يكُونَ لصاحِبِ النَّصِيبِ في حالِ الإجازَةِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْن ، وفي الرَّدِّ يُقْسَمُ الثُّلُث بينَهما

الشرح الكبير

لأنَّ الورثةَ لا يَلْزَمُهم إجازَةُ أكْثَرَ مِن ثُلُثِ المالِ ، فإذا أجازُوا أكْثَرَ مِن ذلك حُسِب مِن نَصِيبِهم ؛ لأنَّهم تَبرَّعُوا به ، ويَبْقَى نَصِيبُ المُوصَى له بالنَّصِيبِ على حالِه ، كأنَّه لم يَخْرُجْ مِن المالِ إلَّا الثُّلُثُ ، فيَبْقَى الثُّلُثان بينَه وبينَ الابْنَيْن على ثلاثةٍ ؛ لأنَّ له مِثْلَ نَصِيبِ ابنٍ ، فتُجْعَلُ المسألةُ مِن ثمانيةَ عَشَرَ - لأنَّها أقَلُّ عَدَدٍ له نِصْفٌ ولثُلُثِه ثُلُثٌ - لصاحِبِ النِّصْفِ تِسْعَةٌ ؛ لأنَّه مُجازٌ له ، ويُعْطَى المُوصَى له بالنَّصِيبِ ثُلُثَ الثُّلُثَيْن أربعةً ، صار الجَمِيعُ ثلاثةَ عَشَرَ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ للابْنَيْن ، لا تَصِحُّ عليهما ، فتَضْرِبُ عَدَدَهما[1] في ثمانيةَ عَشَرَ تَكُنْ ستةً وثَلاثِين ، للمُوصَى لهما ستَّةٌ وعشرون ، لصاحِبِ النِّصفِ ثَمَانِيةَ عَشَرَ وللآخَرِ ثمانيةٌ ، يَبْقَى عَشَرَةٌ للابْنَيْن بينَهما نِصْفَيْن . وإن رَدُّوا ، قُسِم الثُّلُثُ بينَهما على ثلاثةَ عَشَرَ ، فتَصِحُّ مِن تِسْعَةٍ وثَلاثِين ، ثلاثةَ عَشَرَ للوَصِيَّيْن وللابْنَيْن سِتَّةٌ وعِشْرُون .

فصل : فإن كان الجُزْءُ المُوصَى به الثُّلُثَيْن ، فعلى الوَجْهِ الأولِ ، للمُوصَى له بالنَّصِيبِ الثُّلُثُ في حالِ الإجازَةِ وتَصِحُّ مِن ثلاثةٍ ، وفى الرَّدِّ ، يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينَهما على ثلاثةٍ وتَصِحُّ مِن تِسْعَةٍ . وعلى الوَجْهِ الثاني ،

الإنصاف

على ثلاثةَ عَشَرَ ؛ لصاحِبِ النِّصْفِ تِسْعَةٌ ، ولصاحِبِ النَّصِيبِ أرْبَعَةٌ . والمذهبُ الأوَّلُ . قال الحارِثِيُّ عن الوَجْهِ الثَّالثِ : وليس بالقَوِيِّ . وأطْلَقَهُنَّ في « الشَّرْحِ » . والمَسائلُ المُفَرَّعَةُ بعدَ ذلك مَبْنِيَّةٌ على الخِلافِ هنا ، وقد عَلِمْتَ المذهبَ هنا .

---

(١) في م : « عددها » .

الشرح الكبير

لِلمُوصَى له بالنَّصيبِ التُّسْعُ ، وللآخَرِ الثُّلُثان فى حالِ الإجازةِ ، وتَصِحُّ مِن تِسعةٍ أيضًا ، وفى الرَّدِّ ، يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينهما على سَبْعَةٍ ، وتَصِحُّ مِن أحَدٍ وعِشْرين . وفى الوَجْهِ الثالِثِ ، لصاحِبِ النَّصِيبِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْن ، وللآخَرِ الثُّلُثان ، وأصْلُها مِن تِسْعَةٍ ، وتَصِحُّ مِن ثمانيةَ عَشَرَ فى الإجازَةِ ؛ لصاحِبِ الثُّلُثَيْن اثْنا عَشَرَ ، وللآخَرِ أربعةٌ ، يَبْقَى سَهْمان للابْنَيْن ، وفى الرَّدِّ ، يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينهما على سِتَّةَ عَشَرَ ، وتَصِحُّ مِن ثمانيةٍ وأرْبَعِين .

فصل : فإن كان المُوصَى به جَمِيعَ المالِ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يُقْسَمُ المالُ بينَهما على أربعةٍ فى حالِ الإجازَةِ ؛ لصاحِبِ المالِ ثلاثةٌ ، ولصاحِبِ النَّصِيبِ سَهْمٌ ، كما لو وَصَّى بمالِه كلِّه وبثُلُثِه ، وفى الرَّدِّ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بينَهما على أربعةٍ . وعلى الوَجْهِ الثانى ، لا يَحْصُلُ لصاحِبِ النَّصِيبِ شىءٌ ؛ لأنَّه إنَّما يَحْصُلُ له مِثْلُ ابْنٍ ، والابنُ لا يَحْصُلُ له شىءٌ ، وهذا ممّا يُوهِنُ هذا الوَجْهَ ؛ لأنَّه لا يَطَّرِدُ . ويكونُ الكلُّ لصاحِبِ المالِ فى حالِ الإجازَةِ ، وفى الرَّدِّ يَأْخُذُ صاحِبُ المالِ الثُّلُثَ ، ويَبْقَى الثُّلُثان بينَ صاحِبِ النَّصِيبِ وبينَ الابْنَيْن على ثلاثةٍ ، وتَصِحُّ مِن تِسْعَةٍ . وعلى الوَجْهِ الثالِثِ ، لصاحِبِ النَّصِيبِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْن اثْنان مِن تِسْعَةٍ ، [٥/٢١٠ ظ] ولصاحِبِ المالِ تسعةٌ ، فتَصِحُّ مِن أحَدَ عَشَرَ فى حالِ الإجازَةِ ، وفى الرَّدِّ مِن ثلاثةٍ وثَلاثِين ؛ لصاحِبِ المالِ تِسعةٌ ، ولصاحِبِ النَّصِيبِ اثْنان ، ولكلِّ ابْنٍ أحَدَ عَشَرَ .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وَلِآخَرَ بِثُلُثِ بَاقِي الْمَالِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُ الْبَاقِي تُسْعَانِ ، وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي يَدْخُلُهَا الدَّوْرُ . وَلِعَمَلِهَا طُرُقٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَجْعَلَ الْمَالَ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ وَنَصِيبًا ، تَدْفَعُ النَّصِيبَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِنَصِيبِ ابْنٍ ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُ الْبَاقِي سَهْمٌ ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمٌ ، وَذَلِكَ هُوَ النَّصِيبُ ، [١٧٠ظ] فَصَحَّتْ مِنْ أَرْبَعَةٍ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ مَالًا تُلْقِي مِنْهُ نَصِيبًا وَثُلُثَ الْبَاقِي ، يَبْقَى ثُلُثَا مَالٍ إِلَّا ثُلُثَيْ نَصِيبٍ يَعْدِلُ

الشرح الكبير

٢٧٦١ – مسألة : (إذا وَصَّى لرجلٍ بمِثْلِ نَصِيبِ أحَدِ ابْنَيْه ، ولآخَرَ بثُلُثِ باقِي المالِ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، لصاحِبِ النَّصِيبِ ثُلُثُ المالِ ، وللآخَرِ ثُلُثُ باقِي المالِ تُسْعان ، والباقِي) للابْنَيْن ، وتَصِحُّ مِن تسعةٍ (وعلى الوجهِ الثانِي يَدْخُلُها الدَّوْرُ) لكَونه إنَّما يَحْصُلُ لصاحِبِ النَّصِيبِ مِثْلُ ما يَحْصُلُ للابنِ ، وهو لا يَعْلَمُ ثُلُثَ الباقِي حتى يَعْلَمَ نَصِيبَ الابنِ ، ولا يَعْلَمُ نَصِيبَ الابنِ حتى يَعْلَمَ ثُلُثَ الباقِي ، فيُخْرِجُه ويَقْسِمُ الباقِيَ على الابْنَيْن وصاحِبِ النَّصِيبِ . والتَّفْرِيعُ على هذا الوَجْهِ . (ولعَمَلِها طُرُقٌ ؛ أحَدُها ، أن تَجْعَلَ المالَ ثلاثةَ أسْهُمٍ ونَصِيبًا) وإنَّما جَعَلْتَه ثلاثةَ أسْهُمٍ ؛ ليكونَ للباقِي بعدَ النَّصِيبِ ثُلُثٌ (فتَدْفَعُ النَّصِيبَ إلى المُوصَى له به ، وإلى الآخَرِ ثُلُثَ الباقِي سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمان ، لكلِّ ابْنٍ سَهْمٌ ، وذلك هو النَّصِيبُ ، فصَحَّتْ مِن أربعةٍ . والطَّرِيقُ الثانِي طَرِيقُ الجَبْرِ (فتأْخُذُ مالًا وتُلْقِي منه نَصِيبًا) ويَبْقَى مالٌ إلَّا نَصِيبًا ، تَدْفَعُ إلى الوَصِيِّ الآخَرِ ثُلُثَه ،

الإنصاف

....

المقنع

نَصِيبَيْنِ ، اجْبُرْهَا بِثُلُثَىْ نَصِيبٍ وَزِدْ مِثْلَ ذَلِكَ عَلَى النَّصِيبَيْنِ ، يَبْقَى ثُلُثَا مَالٍ يَعْدِلُ نَصِيبَيْنِ وَثُلُثَيْنِ ، ابْسُطِ الْكُلَّ أَثْلَاثًا مِنْ جِنْسِ الْكَسْرِ يَصِرْ مَالَيْنِ تَعْدِلُ ثَمَانِيَةَ أَنْصِبَاءَ ، اقْلِبْ فَاجْعَلِ الْمَالَ ثَمَانِيَةً ، وَالنَّصِيبَ اثْنَيْنِ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : لِلابْنَيْنِ سَهْمَانِ ، ثُمَّ تَقُولُ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَزِدْ عَلَيْهِ مِثْلَ نِصْفِهِ ، يَصِرْ ثَلَاثَةً ، ثُمَّ زِدْ مِثْلَ نَصِيبِ ابْنٍ ، يَصِرْ أَرْبَعَةً .

وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّةُ الثَّانِى بِثُلُثِ مَا يَبْقَى مِنَ النِّصْفِ ، فَبِالطَّرِيقِ

الشرح الكبير

وهو ثُلُثُ مالٍ إلَّا ثُلُثَ نَصِيبٍ (يَبْقَى ثُلُثا مالٍ إلَّا ثُلُثَىْ نَصِيبٍ يَعْدِلُ نَصِيبَيْن ، اجْبُرْ ثُلُثَىِ المالِ بِثُلُثَىْ نَصِيبٍ وزِدْ على النَّصِيبَيْن مِثْلَ ذلك ، يَبْقَى ثُلُثا مالٍ يَعْدِلُ نَصِيبَيْن وثُلُثَيْن ، ابْسُطِ الكُلَّ أثْلاثًا مِن جِنْسِ الكَسْرِ) واقْلِبْ وحَوِّلْ ، فاجْعَلِ النَّصِيبَ اثْنَيْن والمالَ ثمانيةً ، وتَرْجِعُ بالاخْتِصارِ إلى أربعةٍ . والطريقُ الثالثُ الطريقُ المَنْكُوسُ ، وهى أن تقولَ : (للابْنَيْن سَهْمان) وهو (مالٌ ذَهَبَ ثُلُثُه ، فَزِدْ عليه مِثْلَ نِصْفِه) سَهْمًا (يَصِرْ ثلاثةً ، ثم زِدْ) عليه (مِثْلَ نَصِيبِ ابْنٍ ، يَصِرْ أربعةً) وإنْ شِئْتَ ضَرَبْتَ ثلاثةً مَخْرَجَ الثُّلُثِ فى ثلاثةٍ - وهى عَدَدُ البَنِينَ مع الوَصِىِّ - تكن تِسعةً ، انْقُصْ منها واحِدًا يَبْقَى ثمانيةٌ ، ومنها تَصِحُّ ، وتُسَمَّى طريقَ البابِ ، وتَعْمَلُ بها ما يَرِدُ عليك مِن هذه المسائلِ .

٢٧٦٢ - مسألة : (وإن كانت وصيةُ الثانى بثُلُثِ ما يَبْقَى مِن النِّصْفِ) فعلى الوجهِ الأوَّلِ ، تصِحُّ مِن ثمانيةَ عشَرَ ، لصاحبِ النَّصِيبِ

الإنصاف

....

المقنع

الْأُولَى تَجْعَلُ الْمَالَ سِتَّةً وَنَصِيبَيْنِ ، تَدْفَعُ النَّصِيبَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِهِ ، وَإِلَى الْآخَرِ ثُلُثَ بَقِيَّةِ النِّصْفِ سَهْمًا ، وَإِلَى أَحَدِ الِابْنَيْنِ نَصِيبًا ، بَقِيَ خَمْسَةٌ لِلِابْنِ الْآخَرِ ، فَالنَّصِيبُ خَمْسَةٌ ، وَالْمَالُ سِتَّةَ عَشَرَ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ مَالًا وَتُلْقِي مِنْهُ [١٧١و] نَصِيبًا وَثُلُثَ بَاقِي النِّصْفِ ، تَبْقَى خَمْسَةُ أَسْدَاسِ مَالٍ إِلَّا ثُلُثَيْ نَصِيبٍ تَعْدِلُ نَصِيبَيْنِ ، اجْبُرْهُمَا ، تَكُنْ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ مَالٍ ، تَعْدِلُ نَصِيبَيْنِ وَثُلُثَيْنِ ، ابْسُطِ الْكُلَّ أَسْدَاسًا وَاقْلِبْ وَحَوِّلْ ، يَصِرِ الْمَالُ سِتَّةَ

الشرح الكبير

الثُّلُثُ سِتَّةٌ ، وللآخَرِ ثُلُثُ ما يَبْقَى مِن النِّصْفِ سَهْمٌ ، يَبْقَى أحَدَ عَشَرَ للابْنَيْن ، وتَصِحُّ مِن سِتَّةٍ وثلاثين ، لصاحِبِ النَّصِيبِ اثْنا عَشَرَ ، وللآخَرِ سَهْمان ، ولكلِّ ابنٍ أحدَ عَشَرَ سَهْمًا فى حالِ الإِجازةِ وفى الرَّدِّ ، وتَصِحُّ من أحَدٍ وعِشْرين ، للأوَّلِ سِتَّةُ أسْهُمٍ ، وللآخَرِ سَهْمٌ ، ولكلِّ ابنٍ سبعةُ [٢١١/٥ و] وعلى الوجهِ الثانى (تَجْعَلُ المالَ سِتَّةَ) أسْهُمٍ (ونَصِيبَيْن ، تدْفَعُ النَّصِيبَ إلى المُوصَى له به ، وإلى الآخَرِ ثُلُثَ باقى النِّصْفِ سَهْمًا ، وإلى أحَدِ الابْنَيْن نَصِيبًا ، يَبْقَى خَمْسَةٌ للابن الآخَرِ ، فالنَّصِيبُ خَمْسَةٌ ، والمالُ سِتَّةَ عَشَرَ) للمُوصَى له بثُلُثِ باقى النِّصْفِ سَهْمٌ ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، للمُوصَى له بالنَّصِيبِ خَمْسَةٌ ، ولكلِّ ابنٍ خَمْسَةٌ . (وبالجَبْرِ ، تَأْخُذُ مالًا وتُلْقِى منه نَصِيبًا ، يَبْقَى مالٌ إلَّا نَصِيبًا ، تُلْقِى منه ثُلُثَ باقى النِّصْفِ (يَبْقَى خَمْسَةُ أسْداسِ مالٍ إلَّا ثُلُثَىْ نَصِيبٍ تعْدِلُ نَصِيبَيْن) اجْبُرْها بثُلُثَىْ نَصِيبٍ ، وزِدْ على النَّصِيبَيْن مِثْلَها ، يَبْقَى خَمْسَةُ أسْداسِ مالٍ يَعْدِلُ نَصِيبَيْن وثُلُثَيْن (ابْسُطِ الكلَّ أسْداسًا واقْلِبْ وحَوِّلْ) واجْعَلْ

الإنصاف ....

المقنع

عَشَرَ ، وَالنَّصِيبُ خَمْسَةً .

الشرح الكبير

أجزاءَ المالِ النَّصِيبَ ، وأجْزاءَ النَّصِيبِ المالَ (يَصِرِ النَّصِيبُ خَمْسَةً والمالُ سِتَّةَ عَشَرَ) . وإن شِئْتَ أخَذْتَ نِصْفَ مالٍ ألْقَيْتَ منه نَصِيبًا ، يَبْقَى نِصْفُ مالٍ إلَّا نَصِيبًا ، ألقِ ثُلُثَه ، يَبْقَى ثُلُثُ مالٍ إلَّا ثُلُثَىْ نَصِيبٍ ، ضُمَّه إلى نِصْفِ المالِ ، يَصِرْ خَمْسَةَ أسْداسٍ إلَّا ثُلُثَىْ نَصِيبٍ ، يَعْدِلُ نَصِيبَيْنِ ، اجْبُرْ وقابِلْ ، يَصِرْ خَمْسَةَ أسْدَاسِ مالٍ ، يَعْدِلُ نَصِيبَيْنِ وثُلُثَيْنِ ، ابْسُطِ الكلَّ أسْداسًا مِن جِنْسِ الكَسْرِ ، واقْلِبْ ، يكنِ المالُ سِتَّةَ عَشَرَ ، والنَّصِيبُ خَمْسَةً ، كما سَبَق .

فصل : إذا خَلَّفَ ثلاثةَ بَنِينَ ، ووَصَّى لرجلٍ بمِثْلِ نَصِيبِ أحَدِهم ، ولآخَرَ بنِصْفِ باقِى المالِ ، ففيها ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، أن يُعْطَى صاحِبُ النَّصِيبِ مثلَ نَصِيبِ الوارِثِ إذا لم يكنْ ثَمَّ وَصِيَّةٌ أُخْرَى . والثانى ، أن يُعْطَى نَصِيبَه مِن ثُلُثِ المالِ . والثالثُ ، أن يُعْطَى مثلَ نَصِيبِ ابنٍ بعدَ أخْذِ صاحِبِ النِّصْفِ وصيتَه ، وعلى هذا الوَجْهِ يَدْخُلُها الدَّوْرُ ، والتَّفْرِيعُ عليه ، ولعَمَلِها طُرُقٌ ؛ أحَدُها ، أن تَأْخُذَ مَخْرَجَ النِّصْفِ فتُسْقِطَ منه سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ ، فهو النَّصِيبُ ، ثم تَزِيدَ على عَدَدِ البَنِينَ واحِدًا يَصِرْ أربعةً ، فتَضْرِبَها فى المَخْرَجِ تكنْ ثمانيةً ، تَنْقُصُها سَهْمًا يَبْقَى سبعةٌ ، فهى المالُ ، للمُوصَى له بالنَّصِيبِ سَهْمٌ ، وللآخَرِ نِصْفُ الباقِى ، وهو ثلاثةٌ ، ولكلِّ ابنٍ سَهْمٌ . طريقٌ آخَرُ ، أن تَزِيدَ سِهامَ البَنِينَ نِصْفَ سَهْمٍ وتَضْرِبَها فى المَخْرَجِ تكنْ سبعةً . طريقٌ ثالثٌ يُسَمَّى المَنْكُوسَ ، أن تَأْخُذَ سِهامَ البَنِينَ ، وهى ثلاثةٌ ، فتقولَ : هذا بَقِيَّةُ مالٍ ذَهَب نِصْفُه ، فإذا أرَدْتَ

الإنصاف

. . . .

الشرح الكبير

تَكْمِيلَه زِدْتَ عليه مثلَه ، ثم زِدْ عليه مثلَ نَصِيبِ ابنٍ ، تكنْ سبعةً . طريقٌ رابعٌ ، وهو أن تَجْعَلَ المالَ سَهْمَيْن ونَصِيبًا ، وتَدْفَعَ النَّصِيبَ إلى صاحِبِه ، وإلى الآخَرِ سَهْمًا ، يَبْقى سَهْمٌ للبَنِينَ يَعْدِلُ ثلاثةَ أَنْصِباءَ ، فالمالُ كلُّه سبعةٌ . وبالجَبْرِ تأْخُذُ مالًا وتُلْقِي منه [٥/٢١١ ظ] نَصِيبًا ، يَبْقى مالٌ إلَّا نَصِيبًا ، وتَدْفَعُ نِصْفَ الباقِي إلى الوَصِيِّ الآخَرِ ، يَبْقى نِصْفُ مالٍ إلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، يَعْدِلُ ثلاثةَ أَنْصِباءَ ، فاجْبُرْه بِنِصْفِ نَصِيبٍ ، وزِدْه على الثلاثةِ ، يَبْقَى نِصْفًا كاملًا ، يَعْدِلُ ثلاثةً ونِصْفًا ، فالمالُ كلُّه سبعةٌ .

فصل : فإن كانتِ الوصيةُ الثانيةُ بِنِصْفِ ما يَبْقَى مِن الثُّلُثِ ، أَخَذْتَ مَخْرَجَ النِّصْفِ والثُّلُثِ من[1] ستةٍ ، نَقَصْتَ منها واحِدًا ، يَبْقَى خمسةٌ ، فهي النَّصِيبُ ، ثم تَزِيدُ واحِدًا على سِهامِ البَنِينَ وتَضْرِبُها في المَخْرَجِ ، تكنْ أربعةً وعِشرِين ، تَنْقُصُها ثلاثةً يَبْقى أحدٌ وعِشْرُون ، فهو المالُ ، تَدْفَعُ إلى صاحِبِ النَّصِيبِ خمسةً ، يَبْقَى مِن الثُّلُثِ سَهْمان ، تَدْفَعُ منها سَهْمًا إلى الوَصِيِّ الآخَرِ ، يَبْقَى خمسةَ عَشَرَ ، لكلِّ ابنٍ خمسةٌ . وبالطريقِ الثانِي ، تَزِيدُ على سِهامِ البَنِينَ نِصْفًا وتَضْرِبُها في المَخْرَجِ ، يكنْ أحَدًا وعِشْرِين . وبالثالثِ ، تَعْمَلُ كما عَمِلْتَ في الأُولَى ، فإذا بَلَغْتَ سبعةً ضَرَبْتَها في ثلاثةٍ ؛ مِن أجلِ الوصيةِ الثانيةِ بِنِصْفِ الثُّلُثِ . وبالرابعِ ، تَجْعَلُ الثُّلُثَ سَهْمَيْن ونَصِيبًا ، تَدْفَعُ النَّصِيبَ إلى المُوصَى له به ، وإلى الآخَرِ سَهْمًا ، يَبْقَى مِن المالِ خمسةُ أسْهُمٍ ونَصِيبان ، تَدْفَعُ النَّصِيبَيْن إلى

(١) كذا بالنسختين ، وفي المغني ٨/٤٣٦ : « وهو » . ولعله الصواب .

الشرح الكبير

اثْنَيْن ، يَبْقَى خمسةٌ للثالث ، فهى النَّصِيبُ ، فإذا بَسَطْتَها كانت إحْدَى وعِشْرِين . وبالجَبْرِ ، تَأْخُذُ مالًا تُلْقِى منه(1) مِن ثُلُثِه نَصِيبًا ، وتَدْفَعُ إلى الأخِ نِصْفَ باقِى الثُّلُثِ ، يَبْقَى مِن المالِ خمسةُ أسْداسِه إلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، اجْبُرْه بِنصْفِ نَصِيبٍ ، وزِدْه على سِهامِ البَنِينَ ، تَصِرْ ثلاثةً ونِصْفًا تَعْدِلُ خمسةَ أسْداسٍ ، اقْلِبْ وحَوِّلْ ، يكنِ النَّصِيبُ خمسةً وكلُّ سَهْمٍ ستةً والمالُ أحَدًا وعِشْرِين .

فصل : فإن أوْصَى لثالثٍ برُبْعِ المالِ ، فخُذِ المَخارِجَ وهى اثْنان وثلاثةٌ وأربعةٌ ، واضْرِبْ بعضَها فى بعضٍ ، تكنْ أربعةً وعِشْرِين ، وزِدْ على عَدَدِ البَنِينَ واحدًا ، واضْرِبْها فى أربعةٍ وعِشْرِين ، تكنْ ستةً وتِسْعِينَ ، انْقُصْ منها ضَرْبَ نِصْفِ سَهْمٍ فى أربعةٍ وعِشْرِين وذلك اثْنا عَشَرَ ، يَبْقَى أربعةٌ وثَمانُون ، وهى المالُ ، ثم انْظُرِ الأربعةَ والعِشْرِين ، فانْقُصْ منها سُدْسَها لأجْلِ الوصيةِ الثانيةِ ، ورُبْعَها لأجْلِ الوصيةِ الثالثةِ ، يَبْقَى أربعةَ عَشَرَ ، وهى النَّصِيبُ ، فادْفَعْها إلى المُوصَى له بالنَّصِيبِ ، ثم ادْفَعْ إلى الثانِى نِصْفَ ما يَبْقَى مِن الثُّلُثِ ، وهو سبعةٌ ، وإلى الثالثِ رُبْعَ المالِ أحدًا وعِشْرِين ، يَبْقَى اثْنان وأرْبَعُون ، لكلِّ ابْنٍ أربعةَ عَشَرَ . وبالطريقِ الثانِى ، تَزِيدُ على عَدَدِ البَنِينَ نِصْفَ سَهْمٍ ، وتَضْرِبُ ثلاثةً ونِصْفًا [٥/٢١٢ و] فى أربعةٍ وعِشْرِين ، تكنْ أربعةً وثمانِين . وبالطريقِ الثالثِ ، تَعْمَلُ فى هذه كما عَمِلْتَ فى التى قبلَها ، فإذا بَلَغْتَ أحدًا وعِشْرِين ضَرَبْتَها فى أربعةٍ مِن

الإنصاف ....

(1) سقط من : م .

الشرح الكبير

أجْلِ الرُّبْعِ ، تكنْ أربعةً وثمانينَ . وبطريقِ النَّصِيبِ ، تَفْرِضُ المالَ ستةَ أسْهُمٍ وثلاثةَ أنْصِباءَ ، تَدْفَعُ نَصِيبًا إلى صاحِبِ النَّصِيبِ ، وإلى الآخَرِ سَهْمًا ، وإلى صاحِبِ الرُّبْعِ سَهْمًا ونِصْفًا وثلاثةَ أرباعِ نَصِيبٍ ، يَبْقَى مِن المالِ نَصِيبٌ ورُبْعٌ وثلاثةُ أسْهُمٍ ونِصْفٌ للورثةِ ، تَعْدِلُ ثلاثةَ أنْصِباءَ ، فأسْقِطْ نَصِيبًا ورُبْعًا بمِثْلِها ، يَبْقَى ثلاثةُ أسْهُمٍ ونِصْفٌ ، تَعْدِلُ نَصِيبًا وثلاثةَ أرباعٍ ، فالنَّصِيبُ إذًا سَهْمان ، فابْسُطِ الثلاثةَ الأنْصِباءَ ، تكنْ ستةً ، فصار المالُ اثْنَىْ عَشَرَ ، ومنها تَصِحُّ ، لصاحِبِ النَّصِيبِ سَهْمان ، وللآخَرِ نِصْفُ باقِي الثُّلُثِ سَهْمٌ ، ولصاحِبِ الرُّبْعِ ثلاثةٌ ، يَبْقَى ستةٌ للبَنِينَ ، لكلِّ ابنٍ سَهْمان . وهذا أخْصَرُ وأحْسَنُ . وبالجَبْرِ ، تَأْخُذُ مالًا تَدْفَعُ منه نَصِيبًا ، يَبْقَى مالٌ إلَّا نَصِيبًا ، تَدْفَعُ نِصْفَ باقى ثُلُثِه ، وهو سُدْسٌ إلَّا نِصفَ نصيبٍ ، يبقى مِن المالِ خَمْسَةُ أسْداسٍ إلَّا نِصفَ نَصيبٍ ، تَدْفَعُ منها رُبْعَ المالِ ، يَبْقَى ثُلُثُ المالِ ورُبْعُه إلَّا نِصْفَ نَصيبٍ ، تَعْدِلُ ثلاثةَ أنْصِباءَ . اجْبُرْ وقابِلْ واقْلِبْ وحَوِّلْ ، يكنِ النَّصِيبُ سبعةً ، والمالُ اثْنَيْن وأرْبَعِين ، فتَضْرِبُها فى اثْنَيْن ليَزُولَ الكَسْرُ ، تَصِرْ أربعةً وثمانِين .

فصل : فإن كانتِ الوصيةُ الثالثةُ برُبْعِ ما بَقِيَ مِن المالِ بعدَ الوَصِيَّتَيْن الأُولَيَيْن ، فاعْمَلْها بطريقِ النَّصِيبِ ، كما ذَكَرْنا ، يَبْقَى معك ثلاثةُ أسْهُمٍ وثلاثةُ أرباعِ سَهْمٍ ، تَعْدِلُ نَصِيبًا ونِصْفًا ، ابْسُطْها أرباعًا ، تكنِ السِّهامُ خمسةَ عَشَرَ والأنْصِباءُ ستةً ، تُوافِقُهما وتَرُدُّهما إلى وَفْقِهما ، تَصِرْ خمسةَ أسْهُمٍ ، تَعْدِلُ نَصِيبَيْن ، اقْلِبْ واجْعَلِ النَّصِيبَ خمسةً والسَّهْمَ اثْنَيْن ،

المقنع

وَإِنْ خَلَّفَ أُمًّا وَبِنْتًا وَأُخْتًا ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُمِّ وَسُبْعِ مَا بَقِيَ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُخْتِ وَرُبْعِ مَا بَقِيَ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْبِنْتِ وَثُلُثِ مَا بَقِيَ ، فَقُلْ : مَسْأَلَةُ الْوَرَثَةِ

الشرح الكبير

وابْسُطْ ما معك ، يَصِرْ سبعةً وعِشْرين ، فادْفَعْ خمسةً إلى صاحِبِ النَّصِيبِ ، وإلى الآخرِ نِصْفَ باقِى الثُّلُثِ سَهْمَيْن ، وإلى الثالثِ رُبْعَ الباقِى خمسةً ، يَبْقَى خمسةَ عَشَرَ ، لكلِّ ابنٍ خمسةٌ . وهذه الطريقُ أَخْصَرُ . وإن عَمِلْتَ بالطريقِ الثانى ، أخَذْتَ أربعةً وعِشْرين ، فنَقَصْتَ سُدْسَها ورُبْعَ الباقى ، يَبْقَى خمسةَ عَشَرَ ، فهى النَّصِيبُ ، ثم زِدْتَ على عَدَدِ البنينَ سَهْمًا ، ونقصْتَ نِصْفَ ورُبْعَ ما بَقِىَ منه ، يَبْقَى ثلاثةُ أثْمانٍ ، زِدْها على سِهامِ البَنِينَ ، تكنْ ثلاثةً وثلاثةَ أثْمانٍ ، تَضْرِبُها فى أربعةٍ وعِشْرين ، تكنْ أحدًا وثَمانِينَ ، ومنها تَصِحُّ ، وبالجَبْرِ يُفْضِى إلى ذلك أيضًا .

٢٧٦٣ - مسألة : (وإن خَلَّفَ أُمًّا وبِنْتًا وأُخْتًا ، وأَوْصَى بمِثْلِ نَصِيبِ الأُمِّ وسُبْعِ ما بَقِىَ ، ولآخَرَ بمثلِ نَصِيبِ الأُخْتِ ورُبْعِ [٥/٢١٢ ظ] ما بَقِىَ ، ولآخَرَ بمِثْلِ نَصِيبِ البِنْتِ وثُلُثِ ما بَقِىَ) فاعْمَلْها

الإنصاف

فائدةٌ جليلةٌ : قوْلُه : وإنْ خَلَّفَ أُمًّا وبِنْتًا وأُخْتًا ، وأَوْصَى بمثلِ نَصِيبِ الأُمِّ وسُبْعِ ما يبْقَى ، ولآخَرَ بمثلِ نَصِيبِ الأُخْتِ ورُبْعِ ما يبْقى ، ولآخَرَ بمثلِ نَصِيبِ البِنْتِ وثُلُثِ ما يبْقَى ، فقُلْ : مَسْأَلَةُ الوَرَثَةِ مِن سِتَّةٍ ؛ وهى بَقِيَّةُ مالٍ ذهَبَ ثُلُثُه ، فزِدْ عليه مثلَ نِصْفِه ثَلاثَةً ، ثمَّ زِدْ مثلَ نَصِيبِ البِنْتِ ، يكُنِ اثْنَىْ عَشَرَ ، فهى بَقِيَّةُ مالٍ ذهَبَ رُبْعُه ، فزِدْ عليه مثلَ ثُلُثِه ، ومثلَ نَصِيبِ الأُخْتِ ، صارَتْ ثَمانيةَ عَشَرَ ، وهى بقِيَّةُ مالٍ ذهَبَ سُبْعُه ، فَزِدْ عليه سُدْسَه ، ومثلَ نَصِيبِ الأُمِّ ، يكُنْ اثْنَيْن

المقنع

مِنْ سِتَّةٍ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ فَزِدْ عَلَيْهِ مِثْلَ نِصْفِهِ ثَلَاثَةً ، ثُمَّ زِدْ مِثْلَ نَصِيبِ الْبِنْتِ ، تَكُنِ اثْنَيْ عَشَرَ ، فَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ رُبْعُهُ ، فَزِدْ عَلَيْهِ ثُلُثَهُ وَمِثْلَ نَصِيبِ الْأُخْتِ ، صَارَتْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ سُبْعُهُ ، فَزِدْ عَلَيْهِ سُدْسَهُ وَمِثْلَ نَصِيبِ الْأُمِّ ، تَكُنِ اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ .

الشرح الكبير

بالمَنْكُوسِ (فقُلْ : مسألةُ الورثةِ مِن ستةٍ ، وهى بَقِيَّةُ مالٍ ذَهَب ثُلُثُه ، فزِدْ عليه نِصْفَه ثلاثةً) يكنْ تسعةً و(مثلَ نَصِيبِ البِنْتِ) ثلاثةً (يكنِ اثْنَىْ عَشَرَ ، وهى بقيةُ مالٍ ذَهَب رُبْعُه ، فزِدْ عليه ثُلُثَه) أربعةً ، صار ستةَ عَشَرَ (ومثلَ نَصِيبِ الأُخْتِ) اثْنَيْن (يكنْ ثمانيةَ عَشَرَ ، وهى بقيةُ مالٍ ذَهَب سُبْعُه ، فزِدْ عليه سُدْسَه) ثلاثةً ، يكنْ أحدًا وعِشْرِين (ومثلَ نَصِيبِ الأُمِّ) سَهْمًا (يكنِ اثْنَيْن وعِشْرِين) . ومنها تَصِحُّ ، تَدْفَعُ إلى المُوصَى له بمثْلِ نَصِيبِ الأُمِّ سَهْمًا وسُبْعَ الباقِى ثلاثةً ، يَبْقَى ثمانيةَ عَشَرَ ، تَدْفَعُ إلى المُوصَى له[1] بمثْلِ نَصِيبِ[1] الأُخْتِ سَهْمَيْن ورُبْعَ الباقِى ،

الإنصاف

وعِشْرِين . هذه الطَّرِيقَةُ تُسَمَّى طَرِيقَةَ المَنْكُوسِ ، وهى غيرُ مُطَّرِدَةٍ . ولنا فيها طريقَةٌ مُطَّرِدَةٌ ، ولم أرَها مسْطُورَةً فى كلامِ الأصحابِ ، ولكنْ أفادَنِيها بعضُ مَشايخِنا ؛ وذلك أنَّا نقولُ : انْكَسَرَ معَنا على ثَلاثَةٍ ، وأرْبَعَةٍ ، وسَبْعَةٍ . وهذه الأعْدادُ مُتَبايِنَةٌ ، فاضْرِبْ بعضَها فى بعضٍ ، تَبْلُغْ أرْبَعَةً وثَمانِين ؛ ثُلُثُها ثَمانِيَةٌ وعِشْرون ، ورُبْعُها أحَدٌ وعِشْرُون ، وسُبْعُها اثْنا عَشَرَ ، ومَجْموعُ ذلك أحَدٌ

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فيَحْصُلُ له ستةٌ ، ويَبْقَى اثْنا عَشَرَ ، تَدْفَعُ إلى المُوصَى له بمثْلِ نَصِيبِ البِنْتِ ثلاثةً ، يَبْقَى تِسعةٌ ، تَدْفَع إليه ثُلُثَها ثلاثةً ، يَصِرْ له ستةٌ ، ويَبْقَى ستةٌ للورثةِ ، هذا فى حالِ الإجازَةِ . وفى الرَّدِّ ، تَجْعَلُ الثُّلُثَ ستةَ عَشَرَ ، فَتَصِحُّ مِن ثمانيةٍ وأرْبَعِينَ ، للمُوصَى له بمثْلِ نَصِيبِ الأُمِّ أربعةٌ ، ولكلِّ واحدٍ مِن الوَصِيَّيْن الآخَرَيْن ستةٌ ، وللورثةِ اثْنان وثلاثُون ، لا تَنْقَسِمُ على مسألتِهم ، وتُوافِقُها بالأنْصافِ فتَضْرِبُ وَفْقَ أحدِهما فى الأُخْرَى تكنْ مائةً وأربعةً وأرْبَعِين .

الإنصاف

وسِتُّون ، يَبْقَى بعدَ ذلك ثلاثَةٌ وعِشْرون ، وهو النَّصِيبُ . فاحْفَظْه . ثم تأْتِى إلى نَصِيبِ البِنْتِ ، وهو ثلاثَةٌ ، تُلْقِى ثُلُثَه ؛ وهو واحدٌ ، يَبْقَى اثْنان ، وتُلْقِى مِن نَصِيبِ الأُخْتِ رُبْعَه ، وهو نِصْفُ سَهْمٍ ، يَبْقَى سَهْمٌ ونِصْفٌ ، وتُلْقِى مِن نَصِيبِ الأُمِّ سُبْعَه ، وهو سُبْعُ سَهْمٍ ، يَبْقَى سِتَّةُ أسْباعٍ ، فتَجْمَعُ الباقِىَ بعدَ الذى ألْقَيْتَه مِن أنْصِباءِ الثَّلاثَةِ ، يكونُ أرْبَعَةَ أسْهُمٍ وسُبْعَيْن ونِصْفَ سُبْعٍ ، فتُضِيفُها إلى المَسْأَلَةِ ، وهي سِتَّةٌ ، يكونُ المَجْموعُ عَشَرَةَ أسْهُمٍ وسُبْعَيْن ونِصْفَ سُبْعٍ ، فاضْرِبْ ذلك فى الأرْبَعَةِ والثَّمانِين التى حَصَلَتْ مِن مخْرَجِ الكُسورِ ، يكُنْ ثَمانِمائةٍ وسَبْعِين . ومنها تصِحُّ للمُوصَى له بمِثْلِ نَصِيبِ الأُمِّ سَهْمٌ مِن سِتَّةٍ ، مَضْروبٌ فى النَّصِيبِ ، وهو ثلاثَةٌ وعِشْرون ، يكونُ ذلك ثلاثَةً وعِشْرِين سَهْمًا ، وله سُبْعُ الباقِى مِنَ الثَّمانِمائةِ والسَّبْعِين ، وهو مِائَةٌ وأحدٌ وعِشْرون ، يبْلُغُ المَجْموعُ له مِائَةً وأرْبَعَةً وأرْبَعِين . وللمُوصَى له بمثلِ نَصِيبِ الأُخْتِ سَهْمان مِن سِتَّةٍ ، مَضْرُوبان فى النَّصِيبِ ، تبْلُغُ سِتَّةً وأرْبَعِين ، وله رُبْعُ الباقِى مِنَ الثَّمانِمائةِ والسَّبْعِين ، وقَدْرُه مِائَتَان وسِتَّةٌ ، يكونُ المَجْموعُ له مائَتَيْن واثْنَيْن وخَمْسِين . وللمُوصَى له بمِثْلِ نَصِيبِ البِنْتِ ، ثَلاثَةٌ مَضْروبَةٌ فى ثَلاثَةٍ وعِشْرِين ، تبْلُغُ تِسْعَةً

الإنصاف

وسِتِّين ، وله ثُلُثُ الباقِى مِنَ الثَّمانِمائَةِ والسَّبْعِين ، وقَدْرُه مِائَتان وسَبْعَةٌ وسِتُّون ، يكونُ المَجْموعُ له ثَلاثَمائَةٍ وسِتَّةٌ وثَلاثِين . فمَجْموعُ سِهامِ المُوصَى لهم سَبْعُمِائَةٍ واثْنان وثَلاثُون سَهْمًا ، والباقِى للوَرَثَةِ ، وقَدْرُه مِائَةٌ وثَمانِيَةٌ وثلاثُون سَهْمًا ، للأُمِّ السُّدْسُ مِن ذلك ، وقَدْرُه ثَلاثَةٌ وعِشْرُون سَهْمًا ، وللأُخْتِ الثُّلُثُ ، وقَدْرُه سِتَّةٌ وأرْبَعُون سهْمًا ، وللبِنْتِ النِّصْفُ ، وقَدْرُه تِسْعَةٌ وسِتُّون سَهْمًا . واللهُ أعلمُ . وإنْ أرَدْتَ أنْ تُعْطِىَ المُوصَى له بمِثْلِ نَصِيبِ البِنْتِ وثُلُثِ ما يَبْقَى أوَّلًا ، أو المُوصَى له بمِثْلِ نَصِيبِ الأُخْتِ ورُبْعِ ما يَبْقَى ، فافْعَلْ كما قُلْنا ، يَصِحَّ العَمَلُ معك ، بخِلافِ طَرِيقَةِ المُصَنِّفِ ؛ فإنَّها لا تُعْمَلُ إلَّا على طَرِيقةٍ واحِدَةٍ ؛ وهى التى ذكَرَها ، فأحْبَبْتُ أنْ أذْكُرَ هذه الطرِيقَةَ لتُعْرَفَ ، ولِيُقاسَ عليها ما شابَهَها ؛ لاطِّرادِها . واللهُ المُوَفِّقُ . (1)واسْتَمَرَّيْنا على هذه الطَّرِيقَةِ مُدَّةً طويلةً إلى سَنَةِ سَبْعٍ وسَبْعِين وثَمانِمائَةٍ ، ثم سافَرْتُ إلى بَيْتِ المَقْدِسِ للزِّيارَةِ ، وكان فيها رجُلٌ مِنَ الأفاضِلِ المُحَرِّرين فى الفَرائضِ والوَصايا ، فسَأَلْتُه عن هذه المَسْأَلَةِ ؟ فتَرَدَّدَ فيها ، وذكَرَ لنا طريقَةً حَسَنَةً مُوافِقَةً لقَواعِدِ الفَرْضِيِّين ، وكنتُ قبلَ ذلك قد كَتَبْتُ الأُولَى فى التَّنْقيحِ ، كما فى الأصْلِ ، فلَمَّا تحَرَّرَ عندَنا أنَّ الطَّرِيقَةَ التى قالَها هذا الفاضِلُ أوْلَى وأصحُّ ، أضْرَبْنا عن هذه التى فى الأصْلِ ، وأثْبَتْنا هذه ، وهى المُعْتَمَدُ عليها . وقد تبَيَّنَ لى أنَّ هذه الطَّرِيقَةَ ، التى فى الأصْلِ ، غيرُ صحيحةٍ ، وإنَّما هى عمَلٌ ؛ لتَصِحَّ قِسْمَتُها مُطْلَقًا ، مِن غيرِ نظَرٍ إلى ما يحْصُلُ لكلِّ واحِدٍ ، وقد كتَبْتُ عليها ما يُبَيِّنُ ضَعْفَها مِن صِحَّتِها فى غيرِ هذا المَوْضِعِ ، ويُعْرَفُ بالتَّأَمُّلِ عندَ النَّظَرِ ، وأثْبَتُّ هذه الطَّرِيقَةَ ، وضَرَبْتُ على الأُولَى التى فى الأصْلِ هنا . فلْيُحَرَّرْ(1) .

(1 - 1) زيادة من : ا .

المقنع

وَإِنْ خَلَّفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا [١٧١ظ] رُبْعَ الْمَالِ ، فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ أَرْبَعَةً ، وَزِدْ عَلَيْهِ رُبْعَهُ يَكُنْ

الشرح الكبير

فصل : فإن خَلَّفَتِ امرأةٌ زَوْجًا وأُمًّا وأُخْتًا لأبٍ ، وأوْصَتْ بمثلِ نَصِيبِ الأُمِّ وثُلُثِ ما بَقِىَ ، ولآخرَ بمثلِ نَصِيبِ الزوجِ ونِصْفِ ما بَقِىَ ، فمسألةُ الورثةِ مِن ثمانيةٍ ، وهى مالٌ ذَهَب نِصْفُه ، فزِدْ عليه مثْلَه ، يكنْ ستةَ عَشَرَ ، ومثْلَ نَصِيبِ الزوجِ ثلاثةً ، يَصِرْ تسعةَ عَشَرَ ، وهو بقيةُ مالٍ ذَهَب ثُلُثُه ، فزِدْ عليه نِصْفَه ، صار ثمانيةً وعِشْرِين ونِصْفًا ، فزِدْ[1] عليه مثلَ نَصِيبِ الأُخْتِ سَهْمَيْن ، يكنْ ثَلاثِين ونِصْفًا ، ابْسُطْها مِن جِنْسِ الكَسْرِ تكنْ أحَدًا وسِتِّين ، للمُوصَى له بمثْلِ نَصِيبِ الأُمِّ أربعةٌ ، بَقِىَ سبعةٌ وخَمْسُون ، ادْفَعْ إليه ثُلُثَها تِسعَةَ عَشَرَ ، بَقِى ثمانيةٌ وثلاثون ، ادْفعْ إلى الموصَى له بمثْلِ نَصِيبِ الزَّوجِ ستةً ، يبقى اثْنان وثلاثون ، ادْفعْ إليه نِصْفَها ستةَ عَشَرَ ، يَبْقَى ستةَ عَشَرَ للورثةِ ؛ للزوجِ ستةٌ ، وللأُمِّ أربعةٌ ، وللأُخْتِ ستةٌ ، هذا فى حالِ الإجازَةِ . وفى الرَّدِّ ، تَجْعَلُ السِّهامَ الحاصِلَةَ للأوْصِياءِ - وهى خمسةٌ وأرْبَعُون - ثُلُثَ المالِ ، فتكونُ المسألةُ جَمِيعُها مِن [2]مائةٍ و[2] خمسةٍ وثَلاثِين .

٢٧٦٤ - مسألة : (إذا خَلَّفَ ثلاثةَ بَنِينَ ، ووَصَّى بمثلِ نَصِيبِ أحَدِهم إلَّا رُبْعَ المالِ ، فخُذْ مَخْرَجَ الكَسْرِ أربعةً) وزِدْ عليها [٥/٢١٣ و]

الإنصاف

....

---

(١) فى م : « فرد » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

المقنع

خَمْسَةً ، فَهُوَ نَصِيبُ كُلِّ ابْنٍ ، وَزِدْ عَلَى عَدَدِ الْبَنِينَ وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهُ فِي مَخْرَجِ الْكَسْرِ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، أَعْطِ الْمُوصَى لَهُ نَصِيبًا ، وَهُوَ خَمْسَةٌ ، واسْتَثْنِ مِنْهُ رُبْعَ الْمَالِ أَرْبَعَةً ، يَبْقَى لَهُ سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ . فَزِدْ عَلَى عَدَدِ الْبَنِينَ سَهْمًا وَرُبْعًا ، وَاضْرِبْهُ فِي الْمَخْرَجِ يَكُنْ سَبْعَةَ عَشَرَ ، لَهُ سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ .

وَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَخْرَجَ ثَلَاثَةً وَزِدْتَ عَلَيْهِ وَاحِدًا ، يَكُنْ أَرْبَعَةً ، فَهُوَ النَّصِيبُ ، وَزِدْتَ عَلَى سِهَامِ

الشرح الكبير

سَهْمًا (تكنْ خمسةً) فهو النَّصِيبُ (وزِدْ على عَدَدِ البَنِينَ واحِدًا ، واضْرِبْه فى مَخْرَجِ الكَسْرِ تكنْ ستةَ عَشَرَ) تَدْفَعُ إلى المُوصَى له بالنَّصِيبِ خمسةً ، (وتَسْتَثْنِى منه رُبْعَ المال أربعةً ، يَبْقَى له سَهْمٌ ، ولكلِّ ابْنٍ خمسةٌ) وإن شِئْتَ خَصَصْتَ كلَّ ابنٍ برُبْعٍ ، وقَسَمْتَ الرُّبْعَ الباقىَ بينَهم وبَيْنَه على أربعةٍ . (فإن قال : إلَّا رُبْعَ الباقِى بعدَ النَّصِيبِ . فزِدْ على سِهامِ البَنِين سَهْمًا ورُبْعًا) واضْرِبْه فى أربعةٍ ، تكنْ سبعةَ عَشَرَ ، للوَصِىِّ سَهْمان ، ولكلِّ ابنٍ خمسةٌ . وبالجَبْرِ ، تأْخُذُ مالًا وتَدْفَعُ منه نَصِيبًا إلى الوَصِىِّ ، وتَسْتَثْنِى منه رُبْعَ الباقِى ، وهو رُبْعُ مالٍ إلَّا رُبْعَ نَصِيبٍ ، صار معك مالٌ ورُبْعٌ إلَّا نَصِيبًا ورُبْعًا ، يَعْدِلُ أَنْصِباءَ البَنِينَ ، وهو ثلاثةٌ ، اجْبُرْ وقابِلْ ، يَخْرُجِ النَّصِيبُ خمسةً ، والمالُ سبعةَ عَشَرَ .

٢٧٦٥ – مسألة : (فإن قال : إلَّا رُبْعَ الباقِى بعدَ الوصيةِ . جَعَلْتَ المَخْرَجَ ثلاثةً وزِدْتَ عليه واحِدًا صار أربعةً ، فهو النَّصِيبُ ، وتَزِيدُ

الإنصاف

....

المقنع

الْبَنِين سَهْمًا وَثُلُثًا وَضَرَبْتَهُ فِى ثَلَاثَةٍ يَكُنْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ سَهْمًا ، لَهُ سَهْمٌ وَلِكُلِّ ابْنٍ أَرْبَعَةٌ . وَلَا يَلِيقُ بِهَذَا الْكِتَابِ التَّطْوِيلُ بِأَكْثَرَ مِنْ هَذَا .

الشرح الكبير

على عَدَدِ البَنِينَ سَهْمًا وثُلُثًا ، وتَضْرِبُه فى ثلاثةٍ ، تكنْ ثلاثةَ عَشَرَ) ، فهو المالُ . وإن شِئتَ قُلْتَ : المالُ كلُّه ثلاثةُ أنْصِباءَ ووصيةٌ ، الوصيةُ هى نَصِيبٌ إلَّا رُبْعَ الباقِى بعدَها ، وذلك ثلاثةُ أرْباعِ نَصِيبٍ ، فبَقِىَ رُبْعُ نَصِيبٍ ، فهو الوصيةُ . وبَيِّنٌ أنَّ المالَ كلَّه ثلاثةٌ ورُبْعٌ ، ابْسُطْها تكنْ ثلاثةَ عَشَرَ . ولهذه المسائِلِ طُرُقٌ سِوَى ما ذَكَرْنا .

فصل : فإن قال : أوْصَيْتُ لك بمثلِ نَصِيبِ أحَدِ بَنِىَّ إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى مِن الثُّلُثِ . فخُذْ مَخْرَجَ ثُلُثِ الثُّلُثِ ، وهو تسعةٌ ، زِدْ عليها سَهْمًا تكنْ عَشَرَةً ، فهى النَّصِيبُ ، وزِدْ على أنْصِباءِ البَنِينَ سَهْمًا وثُلُثًا ، واضْرِبْ ذلك فى تسعةٍ ، تكُنْ تسعةً وثَلاثِين ، ادْفَعْ عَشَرَةً إلى الوَصِىِّ ، واسْتَثْنِ منه ثُلُثَ بقيةِ الثُّلُثِ سَهْمًا ، يَبْقَى له تسعةٌ ، ولكلِّ ابنٍ عَشَرَةٌ . وإن قال : إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى مِن الثُّلُثِ بعدَ الوصيةِ . جَعَلْتَ المالَ ستةً ، وزِدْتَ عليه سَهْمًا ، صار سبعةً ، فهذا هو النَّصِيبُ ، وزِدْتَ على أنْصِباءِ البَنِينَ سَهْمًا ونِصْفًا ، وضَرَبْتَه فى ستةٍ ، يَصِرْ سبعةً وعِشْرِين ، ودَفَعْتَ إلى الوَصِىِّ سبعةً ، وأخَذْتَ منه نِصْفَ بقيةِ الثُّلُثِ سَهْمًا ، بَقِىَ معه ستةٌ ، وبَقِىَ أحَدٌ وعِشْرُون ، لكلِّ ابنٍ سبعةٌ ، وإنَّما كان كذلك ؛ لأنَّ الثُّلُثَ بعدَ الوصيةِ

الإنصاف

....

الشرح الكبير

هو النِّصْفُ بعدَ النَّصِيبِ . ومتى أطْلَقَ الاسْتِثْناءَ فلم يَقُلْ[1] : بعدَ النَّصِيبِ ، ولا الوصيةِ . فعندَ الجُمْهُورِ يُحْمَلُ على ما بعدَ النَّصِيبِ ، وعندَ محمدِ بنِ الحَسنِ والبَصْرِيِّينَ يكونُ بعدَ الوصيةِ .

فصل : فإن قال : إلَّا خُمْسَ ما يَبْقَى مِن المالِ بعدَ النَّصِيبِ ، ولآخَرَ بثُلُثِ ما يَبقَى مِن المالِ بعدَ وصيةِ الأوَّلِ . [٢١٣/٥ ظ] فخُذِ المَخْرَجَ خمسةً ، وزِدْ عليها خُمْسَها ، تكنْ ستةً ، انْقُصْ ثُلُثَها مِن أجْلِ الوصيةِ بالثُّلُثِ ، يَبْقَى أربعةٌ ، فهى النَّصِيبُ ، ثم خُذْ سَهْمًا وزِدْ عليه خُمْسَه[2] ، وانْقُصْ مِن ذلك ثُلُثَه ، يَبْقَى أربعةُ أخْماسٍ ، زِدْها على أنْصِباءِ البَنِينَ ، واضْرِبْها فى خمسةٍ ، تَصِرْ تسعةَ عَشَرَ ، فهى المالُ ، ادْفَعْ إلى الأوَّلِ أربعةً ، واسْتَثْنِ منه خُمْسَ الباقِى ثلاثةً ، يَبْقَى معه سَهْمٌ ، وادْفَعْ إلى الآخَرِ ثُلُثَ الباقِى ستةً ، يَبْقَى اثنا عَشَرَ ، لكلِّ ابنٍ أربعةٌ . وبالجَبْرِ ، خُذْ مالًا وألْقِ منه نَصِيبًا ، واسْتَرْجِعْ منه خُمْسَ الباقِى ، يَصِرْ مالًا وخُمْسًا إلَّا نَصِيبًا وخُمْسًا ، ألْقِ ثُلُثَ ذلك ، بَقِىَ أربعةُ أخْماسِ مالٍ إلَّا أربعةَ أخْماسِ نَصِيبٍ ، تَعْدِلُ ثلاثةَ أنْصِباءَ ، اجْبُرْ وقابِلْ وابْسُطْ ، يكنِ المالُ تسعةَ عَشَرَ ، والنَّصِيبُ أربعةً . وإن شِئْتَ قُلْتَ : أنْصِباءُ البَنِينَ ثلاثةٌ ، وهى بقيةُ مالٍ ذَهَبَ ثُلُثُه ، فزِدْ عليه نِصْفَه ، يَصِرْ أربعةَ أنْصِباءَ ونِصْفًا ووصيةً ، والوصيةُ هى نَصِيبٌ إلَّا خُمْسَ الباقِى ، وهو نِصْفُ نَصِيبٍ وخُمْسُ نَصِيبٍ

الإنصاف ....

(١) فى م : « يقبل » .

(٢) فى م : « خمسها » .

الشرح الكبير

وخُمْسُ وصيةٍ ، يَبْقَى خُمْسُ نَصِيبٍ وعُشْرُ نَصِيبٍ إلَّا خُمْسَ وصيةٍ ، اجْبُرْ وقابِلْ وابْسُطْ ، تَصِرْ ثلاثةً مِن النَّصِيبِ ، تَعْدِلُ اثْنَىْ عَشَرَ سَهْمًا مِن الوصيةِ ، وهى(١) تَتَّفِقُ بالأثْلاثِ ، فرُدَّها إلى وَفْقِها تَصِرْ سَهْمًا ، تَعْدِلُ أربعةً ، والوصيةُ سَهْمٌ ، والنَّصِيبُ أربعةٌ ، فابْسُطْها تكنْ تسعةَ عَشَرَ . فإن كان الاسْتِثْناءُ بعدَ الوصيةِ ، قُلْتَ : المالُ أربعةُ أسْهُمٍ ونِصْفٌ ووصيةٌ ، وهى نَصِيبٌ إلَّا خُمْسَ الباقِى ، وهى تسعةُ أعْشارِ نَصِيبٍ ، يَبْقَى عُشْرُ نَصِيبٍ فهو الوصيةُ . فابْسُطِ الكلَّ أعْشارًا ، تكُنِ الأنْصباءُ خمسةً وأرْبَعِين ، والوصيةُ سَهْمٌ . وإن كان اسْتَثْنَى خُمْسَ المالِ كلِّه ، فالوصيةُ عُشْرُ نَصِيبٍ إلَّا خُمْسَ وصيةٍ ، اجْبُرْ ، يَصِرِ العُشْرُ يَعْدِلُ وصيةً وخُمْسًا ، ابْسُطْ ، يَصِرِ النَّصِيبُ سِتِّين ، والوصيةُ خمسةً ، والمالُ كلُّه مائتان وخمسةٌ وسَبْعُون ، ألْقِ منها سِتِّينَ ، واسْتَرْجِعْ منه خُمْسَ المالِ ، وهو خمسةٌ وخَمْسُون ، يَبْقَى له خمسةٌ(٢) ، وللآخرِ ثُلُثُ الباقِى تِسْعُون ، ويَبْقَى مائةٌ وثَمانُون ، لكلِّ ابنٍ سِتُّون ، وتَرْجِعُ بالاخْتِصارِ إلى خُمْسِها ، وذلك خمسةٌ وخَمْسُون ، للوَصِىِّ الأوَّلِ سَهْمٌ ، وللثانى ثمانيةَ عَشَرَ ، ولكلِّ ابنٍ اثْنا عَشَرَ . وبالجَبْرِ ، تأْخُذُ مالًا تُلْقِى منه نَصِيبًا ، وتَزِيدُ على المالِ خمسةً ، يَصِرْ مالًا وخُمْسًا إلَّا نَصِيبًا ، ألْقِ ثُلُثَ ذلك ، يَبْقَى أربعةُ أخْماسِ مالٍ إلَّا ثُلُثَىْ نَصِيبٍ ، تَعْدِلُ ثلاثةً ، اجْبُرْ وقابِلْ وابْسُطْ ، [٥/٢١٤ و] يكنِ

الإنصاف ....

(١) بعده فى م : « لا » .

(٢) فى م : « خمسه » .

الشرح الكبير

المالُ ثمانيةَ عَشَرَ وثُلُثًا ، اضْرِبْها فى ثلاثةٍ لِيَزُولَ الكَسْرُ ، تَصِرْ خمسةً وخَمْسِين . وإن كان اسْتَثْنَى الخُمْسَ كلَّه وأوْصَى بالثُّلُثِ كلِّه ، فخُذْ مَخْرَجَ الكَسْرَيْن خمسةَ عَشَرَ ، وزِدْ عليها خُمْسَها ، ثم انْقُصْ ثُلُثَ المالِ كلِّه ، يَبْقَى ثلاثةَ عَشَرَ ، فهى النَّصِيبُ ، وزِدْ على أنْصباءِ البَنِينَ سَهْمًا ، واضْرِبْه فى المالِ ، يكنْ سِتِّين ، وهى المالُ . وإن كان اسْتَثْنَى خُمْسَ الباقِى وأوْصَى بثُلُثِ المالِ كلِّه ، فالعَمَلُ كذلك ، إلَّا أنَّك تَزِيدُ على سِهامِ البَنِينَ سَهْمًا وخُمْسًا وتَضْرِبُها ، تكنْ ثلاثةً وسِتِّين . فإن كان اسْتَثْنَى خُمْسَ ما بَقِيَ مِن الثُّلُثِ ، زِدْتَ على الخَمسةَ عَشَرَ سَهْمًا واحِدًا ، فصار سِتَّةَ عَشَرَ ، ثم نَقَصْتَ ثُلُثَ المالِ كلِّه ، بَقِيَ أحَدَ عَشَرَ ، فهى النَّصِيبُ ، ثم زِدْتَ على سِهامِ البَنِينَ سَهْمًا وخُمْسًا ، وضَرَبْتَها فى خمسةَ عَشَرَ ، تكنْ ثلاثةً وسِتِّين ، تَدْفَعُ إلى الوَصِيِّ الأوَّلِ أحدَ عَشَرَ ، وتَسْتَثْنِى منه خُمْسَ بقيةِ الثُّلُثِ سَهْمَيْنِ ، يَبْقَى معه تسعةٌ ، وتَدْفَعُ إلى صاحِبِ الثُّلُثِ أحَدًا وعِشْرِين ، يَبْقَى ثلاثةٌ وثَلاثُون ، لكلِّ ابْنٍ أحَدَ عَشَرَ . فإن كانتِ الوصيةُ الثانيةُ بثُلُثِ باقِى المالِ ، زِدْتَ على الخمسةَ عَشَرَ واحِدًا ، ثم[1] نَقَصْتَ ثُلُثَ السِّتَّةَ عَشَرَ ، ولا ثُلُثَ لها ، فاضْرِبْها فى ثلاثةٍ ، تكنْ ثمانيةً وأرْبَعِين ، انْقُصْ منها ثُلُثَها ، يَبْقَى اثْنان وثلاثُون ، فهى النَّصِيبُ ، وخُذْ سَهْمًا وَزِدْ عليه خُمْسَه ، ثم انْقُصْ ثُلُثَ ذلك مِن أجْلِ الوصيةِ بثُلُثِ الباقِى ، يَبْقَى أربعةُ أخْماسٍ ، زِدْها على سِهامِ الورثةِ ، واضْرِبْها فى خمسةٍ وأرْبَعِين ، تكنْ مائةً وأحَدًا وسبعِين ، ومنها تَصِحُّ .

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : إذا وَصَّى لرجلٍ بمثلِ نَصِيبِ أحَدِ بَنِيه ، وهم ثلاثةٌ ، ولآخَرَ بثُلُثِ ما يَبْقَى مِن الثُّلُثِ ، ولآخَرَ بدِرْهَمٍ ، فاجْعَلِ المالَ تسعةَ دراهمَ وثلاثةَ أنْصِباءَ ، فادْفَعْ إلى الوَصِيِّ الأوَّلِ نَصِيبًا ، وإلى الثانى والثالثِ دِرْهَمَيْن ، بَقِيَ سبعةٌ ونَصِيبان ، ادْفَعْ نَصِيبَيْن إلى ابْنَيْن ، يَبْقَى سبعةٌ للابنِ الثالثِ ، فالنَّصِيبُ سبعةٌ ، والمالُ ثَلاثُون ، فإن كانتِ الوصيةُ الثالثةُ بدِرْهَمَيْن ، فالنَّصِيبُ ستةٌ ، والمالُ سبعةٌ وعِشْرُون .

فصل : إذا وَصَّى لعَمِّه بثُلُثِ مالِه ، ولخالِه بعُشْرِه ، فرُدَّتْ وَصِيَّتُهُما ، فتَحاصَّا فى[1] الثُّلُثِ ، وأصاب الخالُ ستةً ، فاضْرِبْها فى وصيتِه ، وذلك عَشَرَةٌ ، تكنْ سِتِّين ، واقْسِمْه على الفاضِلِ بينَهما ، يَخْرُجْ بالقَسْمِ خمسةَ عَشَرَ ، فهى الثُّلُثُ . وإن شِئْتَ قلتَ : قد أصاب الخالُ ثلاثةَ أخْماسِ وصيتِه ، يَجِبُ أن يُصِيبَ العَمُّ كذلك ، فيَبْقَى مِن الثُّلُثِ خُمْساه ، وهى تَعْدِلُ ما أصاب الخالُ ، فزِدْ على ما أصاب الخالُ مثلَ نِصْفِه ، وهو ثلاثةٌ ، يَصِرْ [٥/٢١٤ ظ] تسعةً ، وهو الذى أصاب العَمُّ . وإن قال : أصاب العَمُّ الرُّبْعَ . فقد أصابَه ثلاثةُ أرْباعِ وصيتِه ، وبَقِيَ مِن الثُّلُثِ نِصْفُ سُدْسٍ ، يَعْدِلُ ثلاثةَ أرْباعِ وصيةِ الخالِ ، وذلك سبعةٌ ونِصْفٌ ، وللعَمِّ ثلاثةُ أمْثالِها اثْنان وعِشْرُون ونِصْفٌ ، والمالُ كلُّه تِسْعُون . وإن قال : أصاب الخالُ خُمْسَ المالِ . فقد بَقِيَ مِن الثُّلُثِ خُمْساه لِلْعَمِّ ، فيكونُ الحاصِلُ للخالِ خُمْسا وصيتِه أيضًا ، وذلك أربعةُ دَنانِيرَ ووصيةٌ ، وللعَمِّ مثلُ ثُلُثَيْها دِينارانِ

الإنصاف ....

(1) سقط من : م .

الشرح الكبير

وثُلُثان ، والثُّلُثُ كلّه ستةٌ وثُلُثان ، والمالُ عِشْرُون . فإن كان معهما وصيةٌ بسُدْسِ المالِ ، فأصاب الخالُ ستةً ، فهى ثلاثةُ أخْماسِ وصيتِه ، ولكلٍّ واحِدٍ من الآخَرَيْن ثلاثةُ أخْماسِ وصيَّتِه ، وذلك تسعةُ أعْشارِ الثُّلُثِ ، يَبْقَى منه عُشْرٌ ، يَعْدِلُ ما حَصَل للعَمِّ ، وهو ستةٌ ، فالثُّلُثُ سِتُّون . وإن أصاب صاحِبُ السُّدْسِ عُشْرَ المالِ ، فقد أصاب صاحِبُ الثُّلُثِ خُمْسَه ، يَبْقَى مِن الثُّلُثِ أيضًا عُشْرُه ، فهو نَصِيبُ الخالِ ، وذلك ثلاثةُ أخْماسِ وصيتِه سِتّةٌ ، فيكونُ الثُّلُثُ سِتِّين كما ذَكَرْنا .

فصل : إذا خَلَّفَ ثلاثةَ بَنِينَ ، ووَصَّى لعَمِّه بمثلِ نَصِيبِ أحَدِهم إلَّا ثُلُثَ وصيةِ خالِه ، ولخالِه بمثلِ نَصِيبِ أحَدِهم إلَّا رُبْعَ وصيةِ عَمِّه ، فاضْرِبْ مَخْرَجَ الثُّلُثِ فى مَخْرَجِ الرُّبْعِ تكن اثْنَىْ عَشَرَ ، انْقُصْها سَهْمًا ، يَبْقَى أحَدَ عَشَرَ ، فهى نَصِيبُ ابنٍ ، انْقُصْها سَهْمَيْن ، يَبْقَى تسعةٌ ، فهى وصيةُ الخالِ ، وإن نَقَصْتَها ثلاثةً ، فهى ثمانيةٌ ، فهى وصيةُ العَمِّ . وبالجَبْرِ ، تَجْعَلُ مع العَمِّ أربعةَ دراهِمَ ، ومع الخالِ ثلاثةَ دَنانِيرَ ، ثم تَزِيدُ على الدَّراهِمِ دِينارًا ، وعلى الدَّنانيرِ دِرْهمًا ، يَبْلُغُ كلُّ واحِدٍ منهما نَصِيبًا ، اجْبُرْ وقابِلْ وأسْقِطِ المُشْتَرَكَ ، يَبْقَى معك ديناران ، تَعْدِلُ ثلاثةَ دراهمَ ، فاقْلِبْ وحَوِّلْ ، تَصِرِ الدراهمُ ثمانيةً والدَّنانيرُ تسعةً كما قُلْنا . وإن وَصَّى لعمِّه بعشَرَةٍ إلَّا رُبْعَ وصيةِ خالِه ، ولخالِه بعشَرَةٍ إلَّا خُمْسَ وصيةِ عَمِّه ، فاضْرِبْ مَخْرَجَ الرُّبْعِ فى مَخْرَجِ الخُمْسِ ، تكنْ عِشْرِين ، انْقُصْها سَهْمًا ، تكنْ تسعةَ عَشَرَ ، فهى المَقْسُومُ عليه ، ثم اجْعَلْ مع الخالِ أرْبعةً وانْقُصْها سَهْمًا ،

الشرح الكبير

يَبْقَى ثلاثةٌ ، اضْرِبْها فى العَشَرَةِ ثم فيما مع العَمِّ ، وهو خمسةٌ ، تكُنْ مائةً وخَمْسِين ، اقْسِمْها على تسعةَ عَشَرَ ، تَخْرُجْ سبعةٌ وسبعةَ عَشَرَ جُزْءًا مِن تسعةَ عَشَرَ ، فهى وصيةُ عَمِّه ، واجْعَلْ مع العَمِّ خمسةً وانْقُصْها سَهْمًا واضْرِبْها فى عَشَرَةٍ ثم فى أربعةٍ ، تكنْ مائةً وسِتِّين ، واقْسِمْها تكنْ ثمانيةً وثمانيةَ أَجْزاءٍ ، [٢١٥/٥ و] فهى وصيةُ خالِه . طَرِيقٌ آخَرُ ، تَنْقُصُ مِن العَشَرَةِ رُبْعَها ، وتَضْرِبُ الباقِىَ فى العِشْرِين ، ثم تَقْسِمُها على تسعةَ عَشَرَ وتَنْقُصُ منها خُمْسَها ، وتَضْرِبُ الباقِىَ فى عِشْرِين وتَقْسِمُها . وبالجَبْرِ ، تَجْعَلُ وصيةَ الخالِ شَيْئًا ووصيةَ العَمِّ عَشَرَةً إلَّا رُبْعَ شىءٍ ، فخُذْ خُمْسَها فزِدْه على الشىءِ ، وهى سَهْمان إلَّا نِصْفَ عُشْرِ شىءٍ ، تَعْدِلُ عَشَرَةً ، فأَسْقِطِ المُشْتَرَكَ مِن الجانِبَيْن ، تَصِرْ ثمانيةً وثمانيةَ أَجْزاءٍ مِن تسعةَ عَشَرَ ، إذا أَسْقَطْتَ رُبْعَها مِن العَشَرَةِ ، بَقِيَتْ سبعةٌ وسَبْعَةَ عَشَرَ جُزْءًا . وإن وَصَّى لعَمِّه بعَشَرَةٍ إلَّا نِصْفَ وَصيةِ خالِه ، ولخالِه بعَشَرَةٍ إلَّا ثُلُثَ وصيةِ جَدِّه ، ولجَدِّه بعَشَرَةٍ إلَّا رُبْعَ وصيةِ عَمِّه ، فوصيةُ عَمِّه ستةٌ وخُمْسان ، ووصيةُ خالِه سبعةٌ وخُمْسٌ ، ووصيةُ جَدِّه ثمانيةٌ وخُمْسان . وبابُها أن تَضْرِبَ المخارِجَ بعضَها فى بعضٍ ، فتَضْرِبَ اثْنَيْن فى ثلاثةٍ فى أربعةٍ ، تكنْ أربعةً وعِشْرين ، تَزِيدُها واحِدًا ، تكن خمسةً وعِشْرين ، فهذا هو المَقْسُومُ عليه ، ثم تَنْقُصُ مِن الاثْنَيْن واحِدًا ، وتَضْرِبُ واحِدًا فى ثلاثةٍ ، ثم تَزِيدُها واحِدًا ، وتَضْرِبُها فى أربعةٍ تكنْ ستةَ عَشَرَ ، ثم اضْرِبْها فى عَشَرَةٍ تكنْ مائةً وسِتِّين ، واقْسِمْها على خمسةٍ وعِشْرين يَخْرُجْ بالقَسْمِ ستةٌ

الإنصاف ....

الشرح الكبير

وخُمْسان ، فهى وصيةُ العَمِّ ، وانْقُص الثلاثةَ واحِدًا يَبْقَ اثْنان ، اضْرِبْها فى الأربعةِ تكنْ ثمانيةً ، زِدْها واحِدًا واضْرِبْها فى اثْنَيْن فى عَشَرَةٍ تكنْ مائةً وثمانِينَ ، اقْسِمْها على خمسةٍ وعِشْرِين ، تَخْرُجْ بالقَسْمِ سبعةٌ وخُمْسٌ ، وهى وصيةُ الخالِ ، ثم انْقُصْ مِن الأربعةِ واحِدًا ، واضْرِبْ ثلاثةً فى اثْنَيْن ثم زِدْها واحِدًا تكنْ سبعةً ، اضْرِبْها فى ثلاثةٍ ثم فى عَشَرَةٍ تكنْ مائتَيْن وعَشَرَةً مَقْسُومَةً على خمسةٍ وعِشْرِين ، تَخْرُجُ بالقَسْمِ ثمانيةٌ وخُمْسانِ ، وهى وصيةُ الجَدِّ . طريقٌ آخرُ ، تَجْعَلُ مع العَمِّ أربعةَ أشياءَ ، ومع الخالِ دِينارَيْن ، ومع الجَدِّ ثلاثةَ دراهِمَ ، ثم تَضُمُّ إلى ما مع العَمِّ دِينارًا ، وإلى ما مع الخالِ دِرْهمًا ، وتُقابِلُ ما مع أحَدِهما بما مع الآخرِ ، وتُسْقِطُ المُشْتَرَكَ فيَصِيرُ أربعةَ أشياءَ تَعْدِلُ دِينارًا ودِرْهمًا ، فأسْقِطْ لَفْظَةَ الأشْياءِ واجْعَلْ مكانَها دِينارًا ودِرْهَمًا ، ثم قابِلْ ما مع الخالِ بما مع الجَدِّ بعدَ الزِّيادَةِ ، وهو دِيناران ودرهمٌ مع الخالِ ، لثلاثةِ دراهمَ ورُبْعِ درهمٍ ورُبْعِ دينارٍ مع الجَدِّ ، فإذا أسْقَطْتَ المُشْتَرَكَ بَقِىَ دِرْهمان ورُبْعٌ مُعادِلَةٌ [٥/٢١٥ ظ] لدينارٍ وثلاثةِ أرْباعٍ ، فابْسُطِ الكلَّ أرباعًا يَصِرْ سبعةَ أرْباعٍ مِن الدِّينارِ تَعْدِلُ تسعةً مِن الدَّراهِمِ ، فاقْلِبْ واجْعَلِ الدِّرْهَمَ سبعةً والدِّينارَ تسعةً ، ثم ارْجِعْ إلى ما فَرَضْتَ ، فتَجِدُ مع العَمِّ درهمًا ودِينارًا ستةَ عَشَرَ ، ومع الخالِ ثمانيةَ عَشَرَ ، ومع الجَدِّ أحَدٌ وعِشْرُون ، والعَشَرَةُ الكامِلَةُ خَمْسٌ وعِشْرُون ، والستةَ عَشَرَ منها ستةٌ وخُمْسان ، والثمانيةَ عَشَرَ سبعةٌ وخُمْسٌ ، والأحَدُ وعِشْرُون ثمانيةٌ وخُمْسان . فإن كان معهم أخٌ ، ووصية

الشرح الكبير

الجَدِّ عَشَرَةٌ إلَّا رُبْعَ ما مع الأخِ ، ووصيةُ الأخِ عَشَرَةٌ إلَّا خُمْسَ ما مع العَمِّ ، فهذه الطَّرِيقُ تَجْعَلُ مع العَم خمسةَ أشياءَ ، ومع الخالِ دِينارَيْن ، ومع الجَدِّ ثلاثةَ دراهمَ ، ومع الآخرِ أربعةَ أفْلُسٍ ، ثم تُقابِلُ ما مع العَمِّ بما مع الخالِ كما ذَكَرْنا ، وتَجْعَلُ الأشياءَ دينارًا ودرهمًا ، ثم تُقابِلُ ما مع الخالِ بما مع الجَدِّ ، فتَجْعَلُ الدِّينارَيْن دِرْهَمَيْن وفَلْسًا ، ثم تُقابِلُ ما مع الجَدِّ بما مع الأخِ ، فتُخْرِجُ الفَلْسَ ستةً وعِشْرين ، والدرهمَ أحَدًا وثَلاثِين ، والدِّينارَ أربعةً وأرْبَعِين ، فتَبَيَّنَ أنَّ مع العَمِّ خمسةً وسَبْعِين ، ومع الخالِ ثمانيةً وثَمانِين ، ومع الجَدِّ ثلاثةً وتِسْعِين ، ومع الأخِ مائةً وأرْبعةً ، إذا زِدْتَ على ما مع كلِّ واحدٍ ما اسْتَثْنَيْتَه منه صار معه مائةٌ وتسعةَ عَشَرَ ، وهي العَشَرَةُ الكامِلَةُ ، فصارت وصيةُ العَمِّ ستةً وستةً وثَلاثِينَ جُزْءًا ، ووصيةُ الخالِ سبعةً وسبعةً وأربعين جُزْءًا ، ووصيةُ الجَدِّ سَبعةً وسبعةً وتِسْعِينَ جُزْءًا ، ووصيةُ الأخِ ثمانيةً وثمانين جُزْءًا . وبطريقِ البابِ تَضْرِبُ المَخارِجَ بعضَها فى بعضٍ تكنْ مائةً وعِشْرِين ، تَنْقُصُها واحِدًا ، يَبْقَى مائةٌ وتسعةَ عَشَرَ ، فهو المَقْسُومُ عليه ، وتَنْقُصُ الاثْنَيْن واحِدًا ، وتَضْرِبُه فى ثلاثةٍ ، ثم[1] تَزِيدُها واحِدًا ، وتَضْرِبُها فى أربعةٍ ، تكنْ ستةَ عَشَرَ ، تَنْقُصُها واحِدًا وتَضْرِبُها فى خمسةٍ ، تكنْ خمسةً وسَبْعِين ، فهذه وصيةُ العَمِّ ، تَضْرِبُها فى عَشَرَةٍ ثم تَقْسِمُها على تسعةَ عَشَرَ ، تكنْ ستةً وستةً وثَلاثِين جُزْءًا ، ثم تَنْقُصُ الثلاثةَ واحِدًا وتَضْرِبُها فى أرْبعةٍ وتَزِيدُها واحِدًا وتَضْرِبُها

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فى خمسةٍ ، تكنْ خمسةً وأرْبَعِين ، تنْقُصُها واحِدًا وتَضْرِبُها فى اثْنَيْن ، تكُنْ ثمانيةً وثَمانِين ، فهذه وصيةُ الخالِ ، ثم تَنْقُصُ الأربعةَ واحِدًا وتَضْرِبُها فى خمسةٍ ، تكنْ خمسةَ عَشَرَ ، تَزِيدُها واحدًا وتَضْرِبُها فى اثْنَيْن ، تكنِ اثْنَيْن وثَلاثِين ، تَنْقُصُها واحِدًا وتَضْرِبُها فى ثلاثةٍ ، تكنْ ثلاثةً وتِسْعِين ، فهذه وصيةُ الجَدِّ ، ثم تَنْقُصُ الخمسةَ واحِدًا وتَضْرِبُها فى اثْنَيْن ، تكنْ ثمانيةً ، تَزِيدُها واحِدًا وتَضْرِبُها فى ثلاثةٍ ، تكنْ سبعةً وعِشْرِين ، تَنْقُصُها واحِدًا وتَضْرِبُها [٥/٢١٦ و] فى أربعةٍ ، تكنْ مائةً وأربعةً ، وهى وصيةُ الأخِ . وفى كلِّ ذلك تَضْرِبُ العَدَدَ الذى مع كلِّ واحِدٍ منهم فى عَشَرَةٍ ، وتَقْسِمُه على [(1)]مائةٍ وتسعةَ عَشَرَ[(1)] ، فالخارِجُ بالقَسْمِ هو وصيتُه .

فصل : فإن وَصَّى لعمِّه بعَشَرَةٍ ونِصْفِ وصيةِ خالِه ، ولخالِه بعَشَرَةٍ وثُلُثِ وصيةِ عَمِّه ، كانت وصيةُ العَمِّ ثمانيةَ عَشَرَ ، ووصيةُ الخالِ ستةَ عَشَرَ ، وبابُها أن تَضْرِبَ أحَدَ المَخْرَجَيْن فى الآخَرِ وتَنْقُصَه واحِدًا ، فهو المَقْسُومُ عليه ، وتَزِيدَ مَخْرَجَ النِّصْفِ واحِدًا وتَضْرِبَه فى مَخْرَجِ الثُّلُثِ ، وتَضْرِبَه فى عَشَرَةٍ ، يكنْ تسعين مَقْسُومةً على خمسةٍ ، تكنْ ثمانيةَ عَشَرَ ، ثم تَزِيدَ مَخْرَجَ الثُّلُثِ واحدًا وتَضْرِبَه فى عَشَرَةٍ ، يكن تِسْعِين مَقسومةً على خَمْسةٍ ، تكن ثَمانيةَ عَشَرَ ، ثم تزيدَ مخرجَ الثُلُثِ واحدًا وتضربَه فى مَخْرَجِ النِّصْفِ ثم فى عَشَرَةٍ ، تكنْ ثَمانِين مَقْسُومَةً على خمسةٍ . فإن كان معهما آخَرُ ، ووَصَّى للخالِ بعَشَرَةٍ وثُلُثِ وصيتِه ، ووَصَّى له بعَشَرَةٍ ورُبْعِ وصيةِ

(١ - ١) فى م : « تسعة عشر » .

الشرح الكبير

العَمِّ ، ضَرَبْتَ المخارِجَ ونَقَصْتَها واحِدًا ، تكنْ ثلاثةً وعشرين ، فهى المَقْسُومُ عليه ، ثم تَزِيدُ الاثْنَيْن واحدًا وتضْربُها فى ثلاثةٍ ، تكنْ تسعةً ، فزِدْها واحدًا واضْرِبْها فى أرْبعةٍ ، تكنْ أرْبَعِين ، ثم فى عَشَرَةٍ ، ثم اقْسِمْها تَخْرُجْ سبعةَ عَشَرَ وتِسْعةُ أجْزاءٍ ، فهى وصيةُ العَمِّ ، ثم تَصْنَعُ فى الباقين كما ذَكَرْنا ، فتكونُ وصيةُ الخالِ أربعةَ عَشَرَ وثمانيةَ عَشَرَ جُزْءًا ، ووصيةُ الثالثِ أربعةَ عَشَرَ وثمانيةَ أجْزاءٍ . وإن شِئْتَ بعدَ ما عَمِلْتَ وصيةَ العَمِّ ، فاضْرِبِ الزّائِدَ مِن وصيتِه فى اثْنَيْن ، فهى وصيةُ الخالِ ، واضْرِبِ الزائدَ عن العَشَرَةِ مِن وصيةِ الخالِ فى ثلاثةٍ ، فهى وصيةُ العَمِّ . ومتى عَرَفْتَ ما مع الواحِدِ منهم أمْكَنَكَ مَعْرِفَةُ ما مع الآخَرَيْن . واللهُ أعلمُ . وهذا القَدْرُ مِن هذا الفَنِّ يَكْفِى ، فإنَّ الحاجَةَ إليه قَلِيلَةٌ ، وفُرُوعُه كَثِيرةٌ طَوِيلَةٌ ، وغيرُها أهَمُّ منها . واللهُ تعالى المَسْئُولُ أن يُوَفِّقَنا لِما يُرْضِيه ، وهو حَسْبُنا ونِعْمَ الوَكِيلُ .

المقنع

بَابُ الْمُوصَى إِلَيْهِ

تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ إِلَى كُلِّ مُسْلِمٍ عَاقِلٍ عَدْلٍ ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا أَوْ مُرَاهِقًا أَوِ امْرَأَةً أَوْ أُمَّ وَلَدٍ .

الشرح الكبير

بابُ المُوصَى إليه

(تَصِحُّ وصيةُ المسلمِ إلى كلِّ مسلمٍ عاقِلٍ عَدْلٍ ، وإن كان عَبْدًا أو مُراهِقًا أو امرأةً أو أُمَّ وَلَدٍ) تَصِحُّ الوصيةُ إلى الرجلِ العاقِلِ المسلمِ الحُرِّ العَدْلِ إجْماعًا . فأمّا العَبْدُ فتَصِحُّ الوصيةُ إليه ، قال ابنُ حامدٍ : سَواءٌ كان عبدَ نَفْسِه أو عَبْدَ غيرِه . وبه قال مالكٌ . وقال النَّخَعِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ : تَصِحُّ الوصيةُ إلى عبدِه ، ولا تَصِحُّ إلى [٢١٦/٥ ظ] عَبْدِ غيرِه . وقال أبو حنيفةَ : تَصِحُّ الوصيةُ إلى عبدِ نَفْسِه إذا لم يكنْ فى ورثَتِه رَشِيدٌ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ ، والشافعىُّ : لا تَصِحُّ الوصيةُ إلى عبدٍ بحالٍ ؛ لأنَّه لا يكونُ وَلِيًّا على ابنِه بالنَّسَبِ ، فلا يجوزُ أن يَلِىَ الوصيةَ ،

الإنصاف

بابُ المُوصَى إليه

فائدة : الدُّخولُ فى الوَصِيَّةِ للقَوِىِّ عليها قُرْبَةٌ . وقال فى « المُغْنِى »[1] : قِياسُ مذهبِه أنَّ تَرْكَ الدُّخولِ أَوْلَى . [٢٧٧/٢ظ] انتهى . قلتُ : وهو الصَّوابُ ، لاسِيَّما فى هذه الأزْمِنَةِ .

تنبيه : شَمِلَ قوْلُه : تصِحُّ وَصِيَّةُ المُسْلِمِ إلى كُلِّ مُسْلِمٍ عاقِلٍ عَدْلٍ . العَدْلَ

---

(١) انظر المغنى : ٥٦٠/٨ .

الشرح الكبير

كالمَجْنونِ . ولَنا ، أنَّه تَصِحُّ اسْتِنابَتُه فى الحياةِ ، فصَحَّ أن يُوصَى إليه ، كالحُرِّ . وقِياسُهم يَبْطُلُ بالمرأةِ . والخِلافُ فى المُكاتَبِ والمُدَبَّرِ والمُعْتَقِ بعضُه ، كالخِلافِ فى العبدِ القِنِّ . وأمّا الصَّبىُّ المُمَيِّزُ ، فقال القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ صحةُ الوصيةِ ؛ لأنَّ أحمدَ قد نَصَّ على صحةِ وَكالَتِه . وعلى هذا يُعْتَبَرُ أن يكونَ قد جاوَزَ العَشْرَ . وقال شيخُنا[1] : لا أعلمُ فيه نَصًّا عن أحمدَ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه لا تَصِحُّ الوصيةُ إليه ؛ لأنَّه ليس مِن أهلِ الشَّهادَةِ والإقْرارِ ولا يَصِحُّ تَصَرُّفُه إلَّا بإذْنٍ ، وهو مُوَلًّى عليه ، فلم يكنْ مِن أهلِ الوِلايَةِ ، كالطِّفْلِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وهو الصحيحُ إن شاء اللهُ تعالى .

الإنصاف

العاجزَ ، إذا كان أمِينًا . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . قطَع به أكثرُ الأصحابِ ، وحكاه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ إجْماعًا ، لكِنْ قيَّده صاحِبُ « الرِّعايَةِ » بطَرَيانِ العَجْزِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « التَّرْغيبِ » : لا تصِحُّ . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ إبْدالَه . وقال فى « الكافِى » : للحاكِمِ إبْدالُه .

قوله : وإنْ كان عَبْدًا . تصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى العَبْدِ ، لكِنْ لا يُقْبَلُ إلَّا بإذْنِ سيِّدِه . ذكَرَه القاضى فى « التَّعْليقِ » ، ومَن بعدَه . وتصِحُّ إلى عَبْدِ نَفْسِه . قالَه ابنُ حامِدٍ . وتابعَه فى « الكافِى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقطَع به الزَّرْكَشِىُّ وغيرُه . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : هذا مذهبُنا . قال فى « الفُروعِ » : تصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى رَشِيدٍ عَدْلٍ ، ولو رَقيقًا . قال القاضى : قِياسُ المذهبِ يقْتَضِى ذلك .

---

(١) فى : المغنى ٨/٥٥٣ .

الشرح الكبير

فصل : وتَصِحُّ الوصيةُ إلى المرأةِ فى قولِ أكثرِ أهلِ العِلْمِ . رُوِىَ ذلك عن شُرَيْحٍ . وبه قال مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، والحَسَنُ بنُ صالحٍ ، وإسحاقُ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . و لم يُجِزْه عَطاءٌ ؛ لأنَّها لا تكونُ قاضِيَةً ، فلا تكونُ وصيةً ، كالمَجْنُونِ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنه أَوْصَى إلى حَفْصَةَ[1] . ولأنَّها مِن أهلِ الشَّهادَةِ ، أشْبَهَتِ الرجلَ . وتُخالِفُ القَضاءَ ؛ فإنَّه يُعْتَبَرُ له الكَمالُ فى الخِلْقَةِ والاجْتِهادُ ، بخِلافِ الوصيةِ .

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، يحْتَمِلُ أنْ يكونَ مُرادُ المُصَنِّفِ بالعَدْلِ العَدْلَ مُطْلَقًا ؛ فيشْمَلُ مَسْتُورَ الحالِ . وهو المذهبُ . ويحْتَمِلُ أنْ يريدَ العَدْلَ ظاهِرًا وباطِنًا . وهو قَوْلٌ فى « المُذْهَبِ » . الثَّانى ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، عَدَمُ صِحَّةِ وَصِيَّةِ المُسْلِمِ إلى كافرٍ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وذكَر المَجْدُ فى « شَرْحِه » ، أنَّ القاضِىَ ذكَر فى « تَعْليقِه » ما يدُلُّ على أنه اخْتارَ صِحَّةَ الوَصِيَّةِ ، نقلَه الحارِثِىُّ .

قوله : أو مُراهِقًا . قطَع المُصَنِّفُ هنا بصِحَّةِ الوَصِيَّةِ إلى المُراهِقِ . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن . قال القاضى : قِياسُ المذهبِ صِحَّةُ الوَصِيَّةِ إلى المُمَيِّزِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » . قال فى « القواعِدِ الأُصولِيَّةِ » : قال هذا كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . قال الحارِثِىُّ : هو قَوْلُ أكثرِ الأصحابِ . وعنه ، لا تصِحُّ إليه حتى يَبْلُغَ . وهو المذهبُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ،

(1) تقدم تخريجه فى 16/391 .

الشرح الكبير

وتَصِحُّ الوصيةُ إلى أُمِّ الوَلَدِ . ذَكَرَه الخِرَقِىُّ ، ونَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّها تكونُ حُرَّةً مِن أصْلِ المالِ عندَ نُفُوذِ الوصيةِ .

الإنصاف

والشَّارِحُ ، والمَجْدُ ، وغيرُهم . قال فى « الوَجيزِ » : مُكَلَّفٌ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » وغيرِه . وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِىُّ . قال فى « الكافِى » : وفى الوَصِيَّةِ إلى الصَّبِىِّ العاقِلِ وَجْهان .

تنبيه : ظاهِرُ تَقْيِيدِ المُصَنِّفِ بالمُراهِقِ ، أنَّها لا تصِحُّ إلى مُمَيِّزٍ قبلَ أنْ يُراهِقَ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » وغيرِها . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، تصِحُّ . قالَه كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . قال القاضى : هذا قِياسُ المذهبِ ، كما تقدَّم . ويأْتِى ، هل يصِحُّ أنْ يُوصِىَ إليه[1] عندَ بلُوغِه قبلَ أنْ يبْلُغَ وهو الوَصِىُّ المُنْتَظَرُ ؟ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لا تصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى السَّفِيهِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، تصِحُّ . الثَّانيةُ ، لا نظَر لحاكِمٍ مع وَصِىٍّ خاصٍّ ، إذا كان كُفُؤًا فى ذلك . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن أوْصَى إليه بإخْراجِ حَجَّةٍ : أنَّ وِلايَةَ إخْراجِها والتَّعْيِينَ للنَّاظِرِ الخاصِّ إجْماعًا ، وإنَّما للوَلِىِّ العامِّ الاعْتِراضُ ؛ لعدَمِ أهْلِيَّتِه ، أو فِعْلِه مُحَرَّمًا . قال فى « الفُروعِ » : فظاهِرُه لا نظَرَ ولا ضَمَّ مع وَصِىٍّ مُتَّهَمٍ . وهو ظاهِرُ كلامِ جماعةٍ . وتقدَّم كلامُه فى ناظِرِ الوَقْفِ ، فى كتابِ

(١) سقط من : الأصل .

المقنع وَلَا تَصِحُّ إِلَى غَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، تَصِحُّ إِلَى الْفَاسِقِ وَيَضُمُّ الْحَاكِمُ إِلَيْهِ أَمِينًا .

الشرح الكبير **٢٧٦٦** – مسألة : (ولا تَصِحُّ إلى غيرِهم) كالطِّفْلِ والمَجْنُونِ ، ولا وَصِيَّةُ المسلمِ إلى كافرٍ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ المَجْنُونَ والطِّفْلَ لَيْسا أهلًا للتَّصَرُّفِ فى أمْوالِهما ، فلا يَلِيان على غيرِهما ، والكافِرُ ليس مِن أهلِ الوِلايةِ على المسلمِ ، ولأنَّه ليس مِن أهلِ الشَّهادَةِ والعَدالَةِ ، أشْبَهَ المَجْنُونَ . وأمّا الفاسِقُ ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ الوصيةَ إليه لا تَصِحُّ . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ . وعن أحمدَ ما يَدُلُّ على صحةِ الوصيةِ إليه ، فإنَّه قال فى روايةِ ابنِ مَنْصُورٍ : إذا كان مُتَّهَمًا لم تَخْرُجْ عن يَدِه . وقال الخِرَقِىُّ : إذا كان خائنًا ضُمَّ إليه أمِينٌ . وهذا يَدُلُّ على صحةِ الوصيةِ إليه (ويَضُمُّ [٢١٧/٥ و] الحاكِمُ إليه أمِينًا) . وقال أبو حنيفةَ : تَصِحُّ الوصيةُ إليه ، ويَنْفُذُ تَصَرُّفُه ، وعلى الحاكِمِ عَزْلُه ؛ لأنَّه بالِغٌ عاقِلٌ ، فصَحَّتِ

الإنصاف الوَقْفِ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، إذا كان الوَصِىُّ مُتَّهَمًا ، لم تُخْرَجْ مِن يَدِه ، ويُجْعَلُ معه آخَرُ . ونقَل يُوسُفُ بنُ مُوسى ، إنْ كان الوَصِىُّ مُتَّهَمًا ، ضُمَّ إليه رجُلٌ يَرْضاه أهْلُ الوَقْفِ ، يعْلَمُ ما جَرَى ، ولا تُنْزَعُ الوَصِيَّةُ منه . ثم إنْ ضَمَّه بأُجْرَةٍ مِنَ الوَصِيَّةِ ، تَوَجَّهَ جوازُه ، ومِنَ الوَصِىِّ ، فيه نظَرٌ ، بخِلافِ ضَمِّه مع فاسِقٍ . قالَه فى « الفُروعِ » .

قوله : ولا تَصِحُّ إلى غيرِهم . قدَّم المُصَنِّفُ هنا أنَّها لا تصِحُّ إلى فاسقٍ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم ، القاضى ، وعامَّةُ أصحابِه ؛ منهم الشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » ، والشِّيرازِىُّ ، وابنُ

المقنع

فَإِنْ كَانُوا عَلَى غَيْرِ هَذِهِ الصِّفَاتِ ، ثُمَّ وُجِدَتْ عِنْدَ الْمَوْتِ ، فَهَلْ تَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

الوصيةُ إليه ، كالعَدْلِ . ولَنا ، أنَّه لا يجوزُ إفْرادُه بالوصيةِ ، فلم تَجُزِ الوصيةُ إليه ، كالمَجْنُونِ . وعلى أبي حنيفةَ ، أنَّه لا يجوزُ إقْرارُه على الوصيةِ ، فأشْبَهَ ما ذَكَرْنا .

٢٧٦٧ – مسألة : (فإن كانوا على غيرِ هذه الصِّفاتِ ، ثم وُجِدَتْ عندَ المَوْتِ ، فهل تَصِحُّ ؟ على وَجْهَيْن) يُعْتَبَرُ وُجودُ هذه الشُّروطِ فى الوَصِيِّ حالَ العَقْدِ والمَوْتِ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وفى الآخَرِ ، تُعْتَبَرُ حالةَ

الإنصاف

عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، وابنُ البَنَّا ، وغيرُهم . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « النَّظْمِ » . ونَصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وعنه ، تصِحُّ إلى الفاسقِ ، ويضُمُّ إليه الحاكِمُ أمِينًا . قالَه الخِرَقِيُّ ، وابنُ أبى مُوسى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وهذا مِن غيرِ الغالبِ الذى قدَّمه فى « الفُروعِ » . قال القاضى : هذه الرِّوايَةُ مَحْمولَةٌ على مَن طَرَأَ فِسْقُه بعدَ الوَصِيَّةِ . وقيل : تصِحُّ إلى الفاسقِ ، إذا طَرَأَ عليه ، ويُضَمُّ إليه أمِينٌ . اخْتارَه جماعةٌ مِنَ الأصحابِ . وعنه ، تصِحُّ إليه مِن غيرِ ضَمِّ أمِينٍ . حَكاها أبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه » . قلت : وهو بعيدٌ جدًّا . قال فى « الخُلاصةِ » : وتُشْتَرَطُ فى الوَصِيِّ العَدالَةُ . وعنه ، يُضَمُّ إلى الفاسقِ أمِينٌ . ويأْتِى ، هل تصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى الكافرِ ؟ فى آخِرِ البابِ .

[٢٧٨/٢و] قوله : وإنْ كانُوا على غيرِ هذه الصِّفاتِ ، ثمَّ وُجِدَتْ عندَ المَوْتِ ، فهل تَصِحُّ ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

الشرح الكبير

المَوْتِ حَسْبُ ، كالوصيةِ له ، ولأنَّ شُرُوطَ الشَّهادَةِ تُعْتَبرُ عندَ أدائِها لا عندَ تَحمُّلِها ، كذلك هٰهُنا . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعيِّ . ولَنا ، أنَّها شُرُوطُ العَقْدِ ، فتُعْتَبرُ حالَ وُجُودِه ، كسائِرِ العُقُودِ . فأمّا الوصيةُ له ، فهى صحيحةٌ وإن كان وارِثًا ، وإنَّما يُعْتَبرُ عَدَمُ الإرْثِ وخُرُوجُها مِن الثُّلُثِ للنُّفوذِ واللُّزُومِ ، فاعْتُبِرَتْ حالةَ اللُّزُومِ ، بخِلافِ مسألتِنا ، فإنَّها شُرُوطٌ لصحةِ العَقْدِ ، فاعْتُبِرَتْ حالةَ العَقْدِ ، ولا يَنْفَعُ وُجُودُها بعدَه .

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . اعلمْ أنَّ فى هذه المَسْألةِ أوْجُهًا ؛ أحدُها ، يُشْتَرَطُ وُجودُ هذه الصِّفاتِ عندَ الوَصِيَّةِ والمَوْتِ ، وما بينَهما . وهو احْتِمالٌ فى « الرِّعايةِ » ، وقوْلٌ فى « الفروعِ » ، ووَجْهٌ للقاضى فى « المُجَرَّدِ » . والثَّانى ، يكْفِى وُجودُها عندَ المَوْتِ فقط . وهو أحدُ وَجْهَىِ المُصَنِّفِ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . والثَّالثُ ، يُعْتَبرُ وُجودُها عندَ المَوْتِ والوَصِيَّةِ فقط . وهو المذهبُ . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . ونصَره المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » . ويحْتَمِلُه الوَجْهُ الثَّانى للمُصَنِّفِ . والرَّابعُ ، يكْفِى وُجودُها عندَ الوَصِيَّةِ فقط . وهو احْتِمالٌ فى « الرِّعايةِ » ، وتخْريجٌ فى « الفائقِ » . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « تَجْريدِ العِنايةِ » ، ويُضَمُّ إليه أمِينٌ . قال فى « الرِّعايةِ » : ومَن كان أهْلًا عندَ مَوْتِ المُوصِى ، لا عندَ الوَصِيَّةِ إليه ، فوَجْهانِ ، ومَن كان أهْلًا عند الوَصِيَّةِ إليه ، فزالَتْ عندَ موْتِ المُوصِى ، بَطَلَتْ . قلتُ : ويحْتَمِلُ أنْ يُضَمَّ إليه أمِينٌ . فإنْ كان أهْلًا عندَ الوَصِيَّةِ ، ثم زالَتْ ، ثم عادَتْ عندَ الموتِ ، صحَّتْ . وفيها احْتِمالٌ ، كما لو زالَتْ بعدَ المَوْتِ ثم عادَتْ . انتهى .

المقنع

وَإِذَا أَوْصَى إِلَى وَاحِدٍ وَبَعْدَهُ إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ .

الشرح الكبير

فصل : وتَصِحُّ الوصيةُ إلى الأعْمَى . وقال أصحابُ الشافعىِّ : فيه وَجْهٌ ، أنَّ الوصيةَ لا تَصِحُّ إليه . بِناءً منهم على أنَّه لا يَصِحُّ بَيْعُه ولا شِراؤُه ، فلا يُوجَدُ فيه مَعْنَى الوِلايةِ . وهذا لا يُسَلَّمُ لهم[1] ، مع أنَّه يُمْكِنُه التَّوْكِيلُ فى ذلك ، وهو مِن أهلِ الشَّهادَةِ والوِلايةِ فى النِّكاحِ والوِلايةِ على أولادِه الصِّغارِ ، فصَحَّتِ الوصيةُ إليه ، كالبَصِيرِ .

٢٧٦٨ – مسألة : (وإذا أوْصَى إلى رجلٍ وبعدَه إلى آخَرَ ، فهما وَصِيّان ، إلَّا أن يقولَ : قد أخْرَجْتُ الأوَّلَ) ونَظِيرُ ذلك ما إذا وَصَّى لرجلٍ بمُعَيَّنٍ مِن مالِه ، ثم وَصَّى به لآخَرَ ، أو وَصَّى بجَميعِ مالِه لرجلٍ ، ثم وَصَّى به لآخَرَ ، فإنَّه يكونُ بينَهما ، وقد ذَكَرْنا ذلك[2] . فكذلك إذا وَصَّى إلى رجلٍ ، ثم وَصَّى إلى آخَرَ ، فإنَّهما يَصِيران وَصِيَّيْن ، كما لو وَصَّى إليهما جميعًا فى حالٍ واحدةٍ . وإن قال : قد أَخْرَجْتُ الأوَّلَ . بَطَلَتْ وصيتُه ؛ لأنَّه صَرَّحَ بعَزْلِه فانْعَزَلَ ، كما لو وَكَّلَه ثم عَزَلَه .

الإنصاف

قوله : وإذا أَوْصَى إلى واحِدٍ ، وبعدَه إلى آخَرَ ، فهما وَصِيَّان – نصَّ عليه – إلَّا أنْ يقولَ : قَدْ أخْرَجْتُ الأَوَّلَ – نصَّ عليه – وليس لأَحدِهما الانْفِرادُ بالتَّصَرُّفِ ، إلَّا أنْ يَجْعَلَ ذلك إليه . نصَّ عليه . وذكَر الحارِثِىُّ ما يدُلُّ على رِوايَةٍ بالجوازِ . وتقدَّم الكَلامُ فيما إذا جعَل النَّظَرَ فى الوَقْفِ لاثْنَيْن ، أو كان لهما بأَصْلِ

---

(١) فى م : « له » .

(٢) انظر ما تقدم فى صفحة ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

المقنع وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الِانْفِرَادُ بِالتَّصَرُّفِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ .

الشرح الكبير **٢٧٦٩** - مسألة : (وليس لأحَدِهما الانفِرادُ بالتَّصَرُّفِ إلَّا أن يَجْعَلَ ذلك إليه) وجملةُ ذلك ، أنَّه يجوزُ أن يُوصِيَ إلى رَجُلَيْن معًا في شيءٍ واحدٍ ، ويَجْعَلَ لكلِّ واحدٍ منهما التَّصَرُّفَ مُنْفَرِدًا ، فيقولَ : أَوْصَيْتُ إلى كلِّ واحدٍ منكما وجَعَلْتُ له أن يَنْفَرِدَ بالتَّصَرُّفِ . فإنَّ هذا يَقْتَضِي تَصَرُّفَ كلِّ واحدٍ منهما على الانفِرادِ . وله أن يُوصِيَ إليهما ليَتَصَرَّفا مُجْتَمِعَيْن ، فلا يجوزُ لأحَدِهما الانْفِرادُ بالتَّصَرُّفِ ؛ [٢١٧/٥ ظ] لأنَّه لم يَجْعَلْ ذلك إليه ، ولم يَرْضَ بنَظَرِه وحدَه . ولا نَعْلَمُ خِلافًا في هاتَيْن الصُّورَتَيْن . فإن أطْلَقَ ، فقال : أَوْصَيْتُ إليكما في كذا . فليس لأحَدِهما الانْفِرادُ بالتَّصَرُّفِ . وبه قال مالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو يُوسُفَ : له ذلك ؛ لأنَّ الوصيةَ والوِلايةَ لا تَتَبَعَّضُ ، فمَلَكَ كلُّ واحِدٍ منهما الانفِرادَ بها ، كالأخَوَيْن في تَزْوِيجِ

الإنصاف الاسْتِحْقاقِ ، في كتابِ الوَقْفِ ، بعدَ قوْلِه : ويُرْجَعُ إلى شَرْطِ الواقفِ . وهذا يُشْبِهُ ذلك .

(1) **فائدة** : لو وَصَّى إلى اثْنَيْن في التَّصَرُّفِ ، وأُرِيدَ اجْتِماعُهما على ذلك ، قال الحارِثِيُّ : مِنَ الفُقَهاءِ مَن قال : ليس المُرادُ مِنَ الاجْتِماعِ تَلَفُّظَهما بصِيَغِ العُقودِ ، بلِ المُرادُ صُدورُه عن رأْيِهما ، ثم لا فَرْقَ بينَ أنْ يُباشِرَ أحدُهما ، أو الغيرُ بإذْنِهما . ولم يُخالفِ الحارِثِيُّ هذا القائلَ . قلتُ : وهو الظَّاهِرُ ، وأنَّه يكْفِي إذْنُ أحَدِهما الوَكِيلَ في صُدورِ العَقْدِ مع حُضورِ الآخرِ ، ورِضَاه بذلك . ولا يُشْتَرَطُ تَوْكِيلُ الاثْنَيْن ، كما هو ظاهِرُ كلامِه الأوَّلِ(1) .

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

أُخْتِهما . وقال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : يُسْتَحْسَنُ على خِلافِ القِياسِ . فيُبيحُ أن يَنْفَرِدَ كلُّ واحِدٍ منهما بسبعةِ أشْياءَ ؛ كَفْنِ المَيِّتِ ، وقَضاءِ دَيْنِه ، وإنفاذِ وصيتِه ، ورَدِّ الوَدِيعَةِ بعينِها ، وشِراءِ ما لا بُدَّ للصغيرِ منه مِن الكُسْوَةِ والطَّعامِ ، وقَبُولِ الهِبَةِ له ، والخُصُومَةِ عن المَيِّتِ فيما يُدَّعَى له وعليه ؛ لأنَّ هذه يَشُقُّ الاجْتِماعُ عليها ويَضُرُّ تأْخِيرُها ، فجاز الانْفِرادُ بها . ولَنا ، أنَّه شَرَّكَ بينَهما فى النَّظَرِ ، فلم يكنْ لأحَدِهما الانْفِرادُ ، كالوَكِيلَيْن . وما قاله أبو يُوسُفَ نَقُولُ به ، فإنَّه جَعَلَ الوِلايةَ إليهما باجْتِماعِهما ، فليست مُتَبَعِّضَةً ، كما لو وَكَّلَ وَكِيلَيْن أو صَرَّح للوَصِيَّيْن بأن لا يَتصَرَّفا إلَّا مُجْتَمِعَيْن . ويَبْطُلُ ما قاله بهاتَيْن الصُّورَتَيْن ، وبهما يَبْطُلُ ما قاله أبو حنيفةَ أيضًا . ومتى تَعَذَّرَ اجْتِماعُهما أقام الحاكِمُ أمِينًا مُقامَ الغائِبِ .

فصل : إذا قال : أوْصَيْتُ إلى زيدٍ ، فإن مات فقد أوْصَيْتُ إلى عَمْرٍو . صَحَّ ذلك ، روايةً واحِدَةً ، ويكونُ كلُّ واحدٍ منهما وَصِيًّا إلَّا[1] أنَّ عَمْرًا وَصِيٌّ بعدَ زيدٍ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال فى جَيْشِ مُؤْتَةَ : « أَمِيرُكُم زَيْدٌ ، فإن قُتِلَ فأَمِيرُكُم جَعْفَرٌ ، فإن قُتِلَ فأمِيرُكُم عَبْدُ اللهِ بنُ رَوَاحَةَ »[2] . والوصيةُ فى مَعْنَى التَّأْمِيرِ . وكذلك إن قال : أوْصَيْتُ إليكَ ، فإذا كَبِر ابنى كان وَصِيِّى . صَحَّ ؛ لذلك ، وإذا كَبِر ابنُه صار وَصِيَّه . ومِثْلُه لو قال : أوْصَيْتُ إليكَ ، فإذا تاب ابنى عن فِسْقِه . أو : قَدِم مِن غَيْبَتِه . أو :

الإنصاف ....

(١) فى م : « إلى » .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٣/٤٣٩ .

المقنع فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَقَامَ الْحَاكِمُ مُقَامَهُ أَمِينًا .

الشرح الكبير صَحَّ مِن مَرَضِه . أو : اشْتَغَلَ بالعِلْمِ . أو : صالَحَ أُمَّه . أو : رَشَدَ . فهو وَصِيٌّ . صَحَّتِ الوصيةُ إليه ، ويَصِيرُ وَصِيًّا عندَ وُجُودِ هذه الشُّرُوطِ .

٢٧٧٠ – مسألة : (وإن مات أحَدُهما أقام الحاكِمُ مُقامَه أمِينًا) قد ذَكَرْنا أنَّ الوصيةَ تجوزُ إلى اثْنَيْن ، وأنَّه متى أوْصَى إليهما مُطْلَقًا فليس لأحَدِهما الانْفِرادُ بالتَّصرُّفِ . فإن مات أحَدُهما ، أو جُنَّ ، أو وُجِد منه ما يُوجِبُ عَزْلَه ، أقام الحاكِمُ مُقامَه أمِينًا ؛ لأنَّ المُوصِىَ لم يَرْضَ بنَظَرِ هذا الباقى وحدَه . وإن أراد الحاكِمُ أن يَكْتَفِىَ بالباقى منهما لم يَجُزْ له ذلك . وذَكَرَ أصحابُ الشافعىِّ وَجْهًا [٢١٨/٥ و] فى جَوازِه ؛ لأنَّ النَّظَرَ لو كان للحاكمِ بمَوْتِ المُوصِى مِن غيرِ وصيةٍ ، كان له رَدُّه إلى واحِدٍ ، كذلك هٰهُنا ، فيكونُ ناظِرًا بالوصيةِ مِن المُوصِى ، والأمانةِ مِن جِهَةِ الحاكِمِ .

الإنصاف قوله : فإنْ ماتَ أحدُهما أَقامَ الحاكِمُ مُقَامَهُ أَمِينًا . وكذا لو وُجِدَ ما يُوجِبُ عَزْلَه ، بلا نِزاعٍ . قال المُصَنِّفُ : أو غابَ . لكنْ لو ماتا ، أو وُجِدَ منهما ما يُوجِبُ عَزْلَهما ، ففى الاكْتِفاءِ بواحدٍ وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . و « الزَّرْكَشِىِّ » . قال فى « الفائقِ » : ولو ماتا ، جازَ إقامَةُ واحدٍ ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : وإنْ وُجِدَ منهما ما يُوجِبُ عَزْلَهما ، جازَ أنْ يُقِيمَ الحاكِمُ بدَلَهما واحِدًا ، فى الأصحِّ . وقال فى « الرِّعايةِ الصُّغْرى » : وإنْ ماتا ، جازَ أنْ يُقِيمَ الحاكِمُ واحِدًا ، فى الأصحِّ . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : فإنْ تغَيَّرَ حالُهما ، فلَه نَصْبُ واحِدٍ . وقيل : لا ينْصِبُ إلَّا اثْنَيْن .

الشرح الكبير

ولَنا ، أنَّ المُوصِىَ لم يَرْضَ بتصَرُّفِ هذا وحدَه ، فوَجَبَ ضَمُّ غيرِه إليه ؛ لأنَّ الوصيةَ مُقَدَّمَةٌ على نَظَرِ الحاكمِ واجْتِهادِه . فإن تَغَيَّرَتْ حالُهما جميعًا بمَوْتٍ أو غيرِه ، فللحاكمِ أن يُنَصِّبَ مكانَهما . وهل له نَصْبُ واحدٍ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، له ذلك ؛ لأنه لَمّا عُدِمَ الوَصِيّان ، صار الأمْرُ إلى الحاكمِ بمَنْزِلَةِ مَن لم يُوصِ ، ولو لم يُوصِ لاكْتُفِىَ بواحدٍ ، كذا هٰهُنا . ويُفارِقُ ما إذا كان أحَدُهما حَيًّا ؛ لأنَّ المُوصِىَ بَيَّنَ أنَّه لا يَرْضَى بهذا وحدَه ، بخِلافِ ما إذا ماتا معًا . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّ المُوصِىَ لم يَرْضَ بواحدٍ ، فلم يُكْتَفَ به ، كما لو كان أحَدُهما حَيًّا . فأمّا إن جَعَلَ لكلِّ واحِدٍ منهما التَّصَرُّفَ مُنْفَرِدًا فمات أحَدُهما أو خَرَجَ مِن الوصيةِ ، لم يكنْ للحاكِمِ أن يُقِيمَ مُقامَه أمِينًا ؛ لأنَّ الباقِىَ منهما له النَّظَرُ بالوصيةِ ، فلا حاجةَ إلى غيرِه . وإن ماتا معًا أو خَرَجا عن الوصيةِ ، فللحاكمِ أن يُقِيمَ واحِدًا . فإن تَغَيَّرَتْ حالُ أحدِ الوَصِيَّيْن تَغَيُّرًا لا يُزِيلُه عن الوصيةِ ، كالعَجْزِ عنها

الإنصاف

تنبيه : هذه الأحْكامُ المُتَقَدِّمَةُ ؛ إذا لم يجْعَلْ لكُلِّ واحدٍ منهما التَّصَرُّفَ مُنْفَرِدًا ، فأمَّا إنْ جعَل لكُلِّ واحدٍ منهما التَّصَرُّفَ مُنْفَرِدًا ، كما صرَّح به المُصَنِّفُ ، فماتَ أحدُهما ، أو خرَج مِن أهْلِيَّةِ الوَصِيَّةِ ، لم يكُنْ للحاكمِ أنْ يُقِيمَ مَقامَه ، إلَّا أنْ يعْجَزَ عنِ التَّصَرُّفِ وحدَه . وإنْ ماتَا معًا ، أو خرَجا مِنَ الوَصِيَّةِ ، فللحاكِمِ أنْ يُقِيمَ واحدًا . ولو حدَثَ عجْزٌ ؛ لضَعْفٍ ، أو عِلَّةٍ ، أو كَثْرَةِ عمَلٍ ، ونحوِه ، و لم يكُنْ لكُلِّ واحدٍ منهما التَّصَرُّفُ مُنْفَرِدًا ، ضُمَّ أمِينٌ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال ابنُ رَزِينٍ : ضُمَّ إليه أمِينٌ ، و لم ينْعَزِلْ ، إجْماعًا . وقيل : له ذلك . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

المقنع وَكَذَلِكَ إِنْ فَسَقَ . وَعَنْهُ ، يُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ .

الشرح الكبير لضَعْفٍ أو عِلَّةٍ أو نحوِ ذلك ، أو كانا ممَّن لكلِّ واحِدٍ منهما[1] التَّصَرُّفُ مُنْفَرِدًا ، فليس للحاكمِ أن يَضُمَّ إليهما أمينًا ؛ لأنَّ الباقِيَ منهما يَكفِى ، إلَّا أن يكونَ الباقى منهما يَعْجِزُ عن التَّصَرُّفِ وحدَه ؛ لكَثْرَةِ العَمَلِ ونحوِه ، فله أن يُقِيمَ أمِينًا . وإن كانا ممَّن ليس لأحَدِهما التَّصَرُّفُ مُنْفَرِدًا ، فعلى الحاكِمِ أن يُقِيمَ مُقامَ مَن ضَعُفَ منهما أمِينًا يَتَصَرَّفُ معه على كلِّ حالٍ ، فيَصِيرُون ثلاثةً ؛ الوَصِيّان والأمِينُ .

٢٧٧١ – مسألة : (وكذلك إن فَسَقَ . وعنه ، يُضَمُّ إليه أمِينٌ) قد ذَكَرْنا الاخْتِلافَ فى صحةِ الوصيةِ إلى الفاسِقِ ، وأنَّ كَلامَ الخِرَقِيِّ يَدُلُّ على صحةِ الوصيةِ إليه ، ويُضَمُّ إليه أمِينٌ ، وكذلك إن كان عَدْلًا ففسَقَ . ونَقَل ابنُ مَنْصُورٍ عن أحمدَ نحوَ ذلك ، فقال : إذا كان الوَصِيُّ مُتَّهَمًا لم يَخْرُجْ عن يَدِه . ونَقَل المَرُّوذِيُّ عن أحمدَ فى مَن وَصَّى إلى رَجُلَيْن ليس أحَدُهما بمَوْضِعِ الوصيةِ ، فقال للآخَرِ : أعْطِنِى . لا يُعْطِيه شيئًا ، ليس هذا بمَوْضِعٍ للوصيةِ . فقيل له : أليس المَرِيضُ قد رَضِىَ به ؟ فقال : وإن رَضِىَ به . فظاهِرُ هذا إبْطالُ الوصيةِ إليه . وحَمَل القاضِى كلامَ

الإنصاف قوله : وكذلك إنْ فسَق . يعْنِى ، أقامَ الحاكِمُ مقامَه أمِينًا ، وينْعَزِلُ . فشَمِلَ كلامُ المُصَنِّفِ صُورتَيْن ؛ إحْداهما ، أنْ يكونَ وَصِيًّا مُنْفَرِدًا . الثَّانية ، أنْ يكونَ مُضافًا إلى وَصِىٍّ آخَرَ . واعلمْ أنَّ هذا مَبْنِىٌّ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ؛ مِن أنَّ

(١) فى م : « منها » .

الشرح الكبير

الخِرَقِىُّ وكلامَ أحمدَ على إبْقائِه فى الوصيةِ على أنَّ خيانتَه[1] طَرَأتْ [٥/٢١٨ ظ] بعدَ المَوْتِ . فأمّا إن كانت خيانتُه[1] مَوْجُودَةً حالَ الوصيةِ إليه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ تَوْلِيَةُ الخائنِ على يَتيمٍ فى حَياتِه ، فكذلك بعدَ مَوْتِه ، ولأنَّ الوصيةَ وِلايةٌ وأمانةٌ ، والفاسِقُ ليس مِن أهْلِهما . فعلى هذا ، إذا كان الوَصِىُّ فاسِقًا فحُكْمُه حُكْمُ مَن لا وَصِىَّ له ، ويَنْظُرُ فى مالِه الحاكمُ . وإن طَرَأَ فِسْقُه بعدَ الوصيةِ زالت وِلايَتُه ، وأقام الحاكمُ مُقامَه أمِينًا . هذا اخْتِيارُ القاضى . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ . وعلى قولِ الخِرَقِىِّ ، لا تَزُولُ وِلايتُه ، ويُضَمُّ إليه أمِينٌ يَنْظُرُ معه . رُوِىَ ذلك عن الحسنِ ، وابنِ سِيرِين ؛ لأنَّه أمْكَنَ حِفْظُ المالِ بالأمِينِ ، وتَحْصِيلُ نَظَرِ المُوصِى بإبْقائِه فى الوصيةِ ، فيكونُ جمعًا بينَ الحَقَّيْن . فأمّا إن لم يُمْكِنْ حِفْظُ المالِ بالأمِينِ ، تَعَيَّنَ إزالَةُ يَدِ الفاسِقِ الخائنِ وقَطْعُ تَصَرُّفِه ؛ لأنَّ حِفْظَ المالِ على اليَتِيمِ أوْلَى مِن رِعايَةِ قولِ المُوصِى الفاسِدِ . وأمّا التَّفْرِيقُ بينَ الفِسْقِ الطارِئ والمُقارِنِ فبَعِيدٌ ؛ فإن الشُّرُوطَ تُعْتَبَرُ فى

الإنصاف

الفاسِقَ لا تصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ، ويَنْعزِلُ إذا طَرَأَ عليه الفِسْقُ ، كما تقدَّم التَّنْبِيهُ عليه . وعنه ، يُضَمُّ إليه أمِينٌ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، كما تقدَّم . وقيل : يُضَمُّ إليه هنا أمِينٌ ، وإنْ أبْطَلْنا الوَصِيَّةَ إلى الفاسِقِ لطَرَيانِه . اخْتارَه جماعةٌ مِنَ الأصحابِ ، كما تقدَّم .

فوائد ؛ لو وَصَّى إليه ، قبلَ أنْ يَبْلُغَ ؛ ليَكونَ وَصِيًّا بعدَ بلُوغِه ، أو حتى يحْضُرَ فُلانٌ ، أو إنْ ماتَ فلانٌ ، ففُلانٌ وَصِىٌّ ، صَحَّ ، ويصِيرُ الثَّانى وَصِيًّا عندَ الشَّرْطِ .

---

(١) فى النسخ : « جنايته » والمثبت كما فى المغنى ٨/٥٥٥ .

الشرح الكبير

الدَّوامِ كاعْتِبارِها فى الابْتِداءِ ، سِيَّما إذا كانت لمَعْنًى يُحْتاجُ إليه فى الدَّوامِ ، وإذا لم يكنْ بُدٌّ مِن التَّفْرِيقِ ، فاعْتِبارُ العدالةِ فى الدَّوامِ أوْلَى ، مِن قِبَلِ أنَّ الفِسْقَ إذا كان مَوْجُودًا حالَ الوصيةِ ، فقد رَضِىَ به المُوصِى مع عِلْمِه بحالِه ، وأوْصَى إليه راضِيًا بتَصَرُّفِه مع فِسْقِه ، فيُشْعِرُ ذلك بأنَّه عَلِم أنَّ عندَه مِن الشَّفَقَةِ على اليَتِيمِ ما يَمْنَعُه مِن التَّفْرِيطِ فيه وخِيانَتِه فى مالِه ، بخِلافِ ما إذا طَرَأ الفِسْقُ ، فإنَّه لم يَرْضَ به على تلك الحالِ ، والاعْتِبارُ برِضائِه ، ألا تَرَى أنه إذا وَصَّى إلى واحدٍ ، جاز له التَّصَرُّفُ وحدَه ، ولو وَصَّى إلى اثْنَيْن ، لم يَجُزْ للواحدِ التَّصَرُّفُ .

فصل : إذا تغَيَّرت حالُ المُوصَى إليه بمَوْتٍ أو فِسْقٍ أو جُنُونٍ أو سَفَهٍ ، فقد ذَكَرْنا حُكْمَه . فإن تغَيَّرت حالُه قبلَ المَوْتِ وبعدَ الوصيةِ ، ثم عاد فكان عندَ المَوْتِ جامِعًا لشُرُوطِ الوصيةِ ، صَحَّتِ الوصيَّةُ إليه ؛ لأنَّ الشُّرُوطَ مَوْجُودَةٌ حالَ العَقْدِ والمَوْتِ ، فصَحَّتِ الوصيةُ ، كما لو لم تتَغَيَّرْ حالُه . ويَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ ؛ لأنَّ كلَّ حالةٍ منها حالَةٌ للقَبُولِ والرَّدِّ ، فاعْتُبِرَتِ الشُّرُوطُ فيها . فأمّا إن زالت بعدَ المَوْتِ فانْعَزَلَ ، ثم عاد فكَمَّلَ الشُّرُوطَ ، لم تَعُدْ وَصِيَّتُه ؛ لأنَّها زالَتْ فلا تَعُودُ إلَّا بعَقْدٍ جَدِيدٍ .

الإنصاف

ذكَرَه الأصحابُ ، ويُسَمَّى الوَصِىَّ المُنْتَظَرَ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : لو أوْصَى إلى المُرْشِدِ مِن أوْلادِه عندَ بلُوغِه ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تصِحُّ ، ويُسَمَّى الوَصِىَّ المُنْتَظَرَ . انتهى . وكذا لو قال : أوْصَيْتُ إليه سَنَةً ، ثم إلى فُلانٍ ؛ للخَبَرِ الصَّحيحِ : « أميرُكُم زَيْدٌ ، فإنْ قُتِلَ ، فَجَعْفَرٌ ، فإن قُتِلَ ، فعبدُ اللهِ بنُ رَواحَةَ » . والوَصِيَّةُ كالتَّأْميرِ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ ، لا . يعْنِى ، ليْستِ الوَصِيَّةُ

الشرح الكبير

فصل : فأمّا العَدْلُ الذى يَعْجزُ عن النَّظَرِ لعِلَّةٍ أو ضَعْفٍ ، فإن الوصيةَ تَصِحُّ إليه ، ويَضُمُّ الحاكِمُ إليه أمِينًا ، [٢١٩/٥ و] ولا يُزِيلُ يَدَه عن المالِ ولا نَظَرَه ؛ لأنَّ الضَّعِيفَ أهلٌ للوِلايةِ والأمانةِ ، فصَحَّتِ الوصيةُ إليه . وهكذا إن كان قَوِيًّا فحَدَثَ فيه ضَعْفٌ أو عِلَّةٌ ، ضَمَّ الحاكِمُ إليه يَدًا أُخْرَى ، ويكونُ الأوَّلُ الوَصِيَّ دُونَ الثانى ، وهذا مُعاوِنٌ ؛ لأنَّ وِلايَةَ الحاكِمِ إنَّما تكونُ عندَ عَدَمِ المُوصَى إليه . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وأبى يُوسُفَ . وما نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا .

الإنصاف

كالتَّأْميرِ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ اسْتِنابَةٌ بعدَ المَوْتِ ، فهى كالوَكالَةِ فى الحياةِ ، ولهذا ، هل للوَصِىِّ أنْ يُوصِىَ ويعْزِلَ مَن وَصَّى إليه ؟ ولا تصِحُّ إلَّا فى معْلُومٍ ، وللوَصِىِّ عزْلُه ، وغيرُ ذلك ، كالوَكِيلِ ؛ فلهذا لا يُعارِضُ ذلك ما ذكَرَه القاضى وجماعةٌ مِنَ الأصحابِ ، إذا قال الخَلِيفَةُ : الإمامُ بعدِى فُلانٌ ، فإنْ ماتَ ، ففُلانٌ فى حياتِى . أو : إذا تغَيَّر حالُه ، فالخَلِيفَةُ فُلانٌ . صحَّ . وكذا فى الثَّالثِ والرَّابعِ . وإنْ قال : فُلانٌ وَلِىُّ عَهْدِى ، فإنْ وَلِىَ ثم ماتَ ، ففُلانٌ بعدَه . لم يصِحَّ للثَّانى . وعَلَّلُوه بأنَّه إذا وَلِىَ ، وصارَ إمامًا ، حصَلَ التَّصَرُّفُ ، وبَقِىَ النَّظَرُ والاخْتِيارُ [٢٧٨/٢ظ] إليه ، فكان العَهْدُ إليه فى مَن يراه . وفى التى قبلَها ، جعَلَ العَهْدَ إلى غيرِه عندَ مَوْتِه ، أو تغَيُّرِ صِفاتِه فى الحالَةِ التى لم يثْبُتْ للمَعْهودِ إليه إمامَةٌ . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ هذا ، أنَّه لو علَّق وَلِىُّ الأمْرِ وِلايَةَ حُكْمٍ أو وَظِيفَةٍ بشَرْطِ شُغورِها ، أو بَشْرطٍ ، فوُجِدَ الشَّرْطُ بعدَ موْتِ وَلِىِّ الأمْرِ والقِيامِ مَقامَه ، أنَّ وِلايَتَه تبْطُلُ ، وأنَّ النَّظَرَ والاخْتِيارَ لمَن يقومُ مَقامَه . يُؤَيِّدُه أنَّ الأصحابَ اعْتَبَرُوا وِلايَةَ الحُكْمِ بالوَكالَةِ فى مَسائِلَ ، وأنَّه لو علَّق عِتْقًا أو غيرَه بشَرْطٍ ، بطَل بمَوْتِه . قالوا : لزَوالِ مِلْكِه ،

المقنع

وَيَصِحُّ قَبُولُهُ لِلْوَصِيَّةِ فِى حَيَاةِ الْمُوصِى وَبَعْدَ مَوْتِهِ . وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ مَتَى شَاءَ . وَعَنْهُ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ .

الشرح الكبير

٢٧٧٢ – مسألة : (ويَصِحُّ قَبُولُه للوصيةِ) ورَدُّه (فى حَياةِ المُوصِى) لأنَّه إذْنٌ فى التَّصرُّفِ ، فصَحَّ قَبُولُه بعدَ العَقْدِ ، كالتَّوْكِيلِ ، بخِلافِ الوصيةِ له ، فإنَّها تَمليكٌ فى وقتٍ ، فلم يصِحَّ القَبُولُ قبلَ الوقتِ . ويجوزُ تأْخِيرُ القَبُولِ إلى ما بعدَ المَوْتِ ؛ لأنَّها نَوْعُ وصيةٍ ، فصَحَّ قَبُولُها بعدَ المَوْتِ ، كالوصيةِ له ، ومتى قَبِلَ[1] صار وصيًّا .

٢٧٧٣ – مسألة : (وله عَزْلُ نَفْسِه متى شاء) مع القُدْرَةِ والعَجْزِ ، فى حياةِ المُوصِى وبعدَ موتِه ، فى حُضُورِه وغَيْبَتِه . وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ له ذلك بعدَ الموتِ ، ولا يجوزُ فى حَياتِه إلَّا

الإنصاف

فتبْطُلُ تصرُّفاتُه . قال فى « المُغْنِى » وغيرِه : ولأنَّ إطْلاقَ الشَّرْطِ يقْتَضِى الحياةَ . انْتَهى كلامُ صاحِبِ « الفُروعِ » . وظاهِرُ كلامِه ، صِحَّةُ وِلايَةِ الحُكْمِ والوَظائفِ بشَرْطِ شُغورِها ، أو بَشْرطِ إذا وُجِدَ ذلك قبلَ موْتِ وَلِيِّ الأمْرِ . وهو ظاهِرُ كلامِه .

قوله : ويصِحُّ قَبُولُه للوَصِيَّةِ فى حَياةِ المُوصِى وبعدَ مَوْتِه . بلا نِزاعٍ . وتقدَّم صِفَةُ الإيجابِ والقبُولِ .

قوله : وله عَزْلُ نَفْسِه متى شاءَ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال فى « القاعِدَةِ السِّتِّين » : أطْلَقَ كثيرٌ مِنَ الأصحابِ ، أنَّ له الرَّدَّ بعدَ القَبُولِ ، فى حياةِ المُوصِى وبعدَه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الكافِى » ،

---

(١) فى م : « قتل » .

المقنع

وَلِلْمُوصِى عَزْلُهُ مَتَى شَاءَ . وَلَيْسَ لِلْوَصِىِّ أَنْ يُوصِىَ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَهُ ذَلِكَ .

الشرح الكبير

بحَضْرَته ؛ لأنَّه غَرَّه بالتِزام وصيته ، ومَنَعَه بذلك الإيصاءَ إلى غيرِه . وعن أحمدَ ، أنَّه لا يجوزُ له عزلُ نَفْسِه بعدَ الموْتِ . ذَكَرَه ابنُ أبى موسى فى « الإرْشادِ » ؛ لِما ذَكَرْنا . ولَنا ، أنَّه مُتَصَرِّفٌ بالإذنِ ، فكان له عزلُ نفسِه ، كالوَكِيلِ .

٢٧٧٤ – مسألة : (وللمُوصِى عزلُه متى شاء) لأنَّه مُتَصَرِّفٌ بإذْنِه ، فكان له عزلُه ، كالمُوَكِّلِ له عزلُ وَكِيلِه متى شاء .

٢٧٧٥ – مسألة : (وليس للوصىِّ أن يُوصِىَ إلَّا أن يَجْعَلَ ذلك إليه . وعنه ، له ذلك) وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا وَصَّى إلى رجلٍ ، وأذِنَ له

الإنصاف

و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، ونصَرَه . وقيل : له ذلك إنْ وجَد حاكِمًا ، وإلَّا فلا . ونقَلَه الأَثْرَمُ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . وعنه ، ليس له ذلك بعدَ مَوْتِه بحالٍ ولا قبلَه ، إذا لم يُعْلِمْه بذلك . وعنه ، ليس له ذلك بعدَ مَوْتِه . ذكَرَها ابنُ أبى مُوسى . قالَه فى « الفروعِ » . قال فى « القَواعِدِ » : وحكَى ابنُ أبى مُوسى رِوايَةً ، ليس له الرَّدُّ بحالٍ ، إذا قبِلَها . ومِنَ الأصحابِ مَن حمَلَها على ما بعدَ المَوْتِ . وحكاهما القاضى فى « خِلافِه » صريحًا فى الحالَيْن .

قوله : وليس للوَصِىِّ أنْ يُوصِىَ إلَّا أنْ يَجْعَلَ ذلك إليه . وهو المذهبُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَته » . قال الشَّارِحُ : وهو الظَّاهِرُ مِن قَوْلِ الخِرَقِىِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه فى « النَّظْمِ »

الشرح الكبير

فى الإِيصاءِ لمَن شاء ، نحوَ أن يقولَ : أذِنْتُ لك[1] أن تُوصِىَ إلى مَن شِئْتَ . أو : كلُّ مَن أوْصَيْتَ إليه فقد أوْصَيْتُ إليه . أو : فهو وَصِيِّى . صَحَّ . وبه قال أكثَرُ أهلِ العلمِ . وحُكِىَ عن الشافعىِّ فى أحَدِ قَوْلَيْه أنَّه قال : ليس له أن يُوصِىَ ؛ لأنَّه يَلِى بتَوَلِّيه ، فلا يَصِحُّ أن يُوصِىَ ، كالوَكِيلِ . ولَنا ، أنَّه مَأذُونٌ له فى الإِذْنِ فى التَّصرُّفِ ، فجاز له أن يَأْذَنَ لغيرِه ، كالوَكِيلِ إذا أُمِر بالتَّوْكِيلِ ، فالوكيلُ حُجَّةٌ عليه مِن الوَجْهِ الذى ذَكَرْناه . فإن وَصَّى إليه وأطْلَقَ ، فلم يَأْذَنْ له و لم يَنْهَه عنه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، له أن يُوصِىَ إلى غيرِه . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ، وأبى يُوسُفَ ؛ لأنَّ الأبَ أقامه مُقامَ نَفْسِه ، فكان له الوصيةُ كالأبِ . والثانى ، ليس له ذلك . اخْتارَه أبو بكرٍ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ، وإسحاقَ . وهو الظاهِرُ مِن قولِ الخِرَقِىِّ ؛ لقولِه ذلك فى الوكِيلِ[2] ؛ لأنَّه تَصرَّفَ بتَوْلِيةٍ ، فلم يكنْ له ذلك التَّفْويضُ كالوَكِيلِ . ويُخالِفُ الأبَ ؛ لأنَّه يَلِى بغيرِ تَوْلِيةٍ . [٥/٢١٩ ظ]

الإنصاف

وغيرِه . وقدَّمه فى « الفائقِ » وغيرِه . قال الحارِثِىُّ : هذا أشْهَرُ الرِّوايتَيْن . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ ، وهو أصحُّ . انتهى . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : أشْهَرُهما عدَمُ الجوازِ . قال الحارِثِىُّ : لو غَلَبَ على الظَّنِّ أنَّ القاضِىَ يُسْنِدُ إلى مَن ليس أهْلًا ، أو أنَّه ظالِمٌ ، اتَّجَه جَوازُ الإِيصاءِ ، قوْلًا واحدًا ، بل يجِبُ ؛ لما فيه مِن حِفْظِ الأمانَةِ ، وصَوْنِ المالِ عنِ التَّلَفِ والضَّياعِ . انتهى .

---

(١) بعده فى م : « إلى » .

(٢) فى م : « التوكيل » .

الشرح الكبير

فصل : ويجوزُ أن يَجْعَلَ للوَصِيِّ جُعْلًا ؛ لأنَّها بمنزلةِ الوَكالةِ ، والوَكالةُ تجوزُ بجُعْلٍ ، فكذلكَ الوصيةُ . ونَقَلَ إسحاقُ بنُ إبراهيمَ في الرجلِ يُوصِي إلى الرجلِ ويَجْعَلُ له دَراهِمَ مُسَمَّاةً ، فلا بَأْسَ . ومُقاسَمَةُ الوَصِيِّ المُوصَى له جائِزَةٌ على الورثةِ ؛ لأنَّه نائِبٌ عنهم ، ومُقاسَمَتُه للورثةِ على المُوصَى له لا تجوزُ ؛ لأنَّه ليس نائِبًا عنه .

الإنصاف

وعنه ، له ذلك . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِه » . ويكونُ الثَّانِي وَصِيًّا لهما . قالَه جماعةٌ ، منهم صاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » . قال الحارِثِيُّ : وهو مُشْكِلٌ . وقال القاضِى : يكونُ الثَّانِى وَصِيًّا عنِ الأوَّلِ ؛ فلو طَرَأَ للأوَّلِ ما يُخْرِجُه عن الأهْلِيَّةِ ، انْعَزَلَ الثَّانى ؛ لأنَّه فَرْعُه . وأطْلَقَهما في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « القَواعِدِ » ، في « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والسِّتِّين » . قال في « الرِّعايةِ الكُبْرى » : فإنْ أطْلَقَ ، فرِوايَتان . وقيل : فيما يتَوَلَّاه مثلُه . وقال في « الرِّعايةِ الصُّغْرى » : وإنْ أطْلَقَ ، فرِوِيَتان فيما يتَوَلَّاه مثلُه . فاخْتلَفَ نقْلُه في محَلِّ الرِّوايتَيْن . ويأْتِى في أرْكانِ النِّكاحِ ، هل للوَصِيِّ في النِّكاحِ أنْ يُوصِيَ به ؟

فائدة : إنْ نَهاه المُوصِى عن الإيصاءِ ، لم يكُنْ له أنْ يُوصِيَ ، وله أنْ يُوصِيَ إلى غيرِه بإذْنِه فيما وَصَّاه به . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : ليس له ذلك . وقيل : إنْ أذِنَ له في الوَصِيَّةِ إلى شَخْصٍ مُعَيَّنٍ ، جازَ ، وإلَّا فلا . وأمَّا جوازُ تَوْكيلِ الوَصِيِّ ؛ فقد تقدَّم في كلامِ المُصَنِّفِ ، في بابِ الوَكالَةِ .

المقنع

وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَّا فِى مَعْلُومٍ يَمْلِكُ الْمُوصِى فِعْلَهُ؛ كَقَضَاءِ الدَّيْنِ، وَتَفْرِيقِ الْوَصِيَّةِ، وَالنَّظَرِ فِى أَمْرِ الْأَطْفَالِ .

الشرح الكبير

فصل : إذا اخْتَلَفَ الوَصِيّان : عندَ مَن يُجْعَلُ المالُ منهما ؟ لم يُجْعَلْ عندَ واحدٍ منهما ، ولم يُقْسَمْ بينَهما ، وجُعِل فى مكانٍ تحتَ أيْدِيهما جميعًا ؛ لأنَّ المُوصِىَ لم يَأْمَنْ أحَدَهما على حِفْظِه ولا التَّصَرُّفِ فيه . وقال مالكٌ : يُجْعَلُ عندَ أعْدَلِهما . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : يُقْسَمُ بينَهما . وهو المَنْصُوصُ عن الشافعىِّ ، إلَّا أنَّ أصحابَه اخْتَلَفُوا فى مُرادِه بكَلامِه ، فقال بعضُهم : إنَّما أراد إذا كان كلُّ واحدٍ مُوصًى إليه مُنْفَرِدًا . وقال بعضُهم : بل هو عامٌّ فيهما . ولَنا ، أنَّ حِفْظَ المالِ مِن جملةِ المُوصَى به ، فلم يَجُزْ لأحَدِهما الانْفِرادُ به ، كالتَّصَرُّفِ ، ولأنَّه لو جاز لكلِّ واحدٍ منهما أن يَنْفَرِدَ بحِفْظِ بعضِه ، لجاز له أن يَنْفَرِدَ بالتَّصَرُّفِ فى بعضِه .

٢٧٧٦ – مسألة : (ولا تَصِحُّ الوصيةُ إلَّا فى مَعْلُومٍ يَمْلِكُ المُوصِى فِعْلَه ؛ كقَضاءِ الدَّيْنِ ، وتفريقِ الوصيةِ ، والنَّظَرِ فى أمرِ الأطْفالِ) لأنَّ الوَصِىَّ يَتَصَرَّفُ بالإذْنِ ، فلم يَجُزْ إلَّا فى مَعْلُومٍ يَمْلِكُ المُوصِى فِعْلَه ،

الإنصاف

تنبيه : شمِلَ قوْلُه : ولا تصِحُّ الوَصِيَّةُ إلَّا فى مَعْلُومٍ يمْلِكُ المُوصِى فِعْلَه . الإيصاءَ بتزْوِيجِ مُولِيَتِه ، ولو كانتْ صغيرةً . وهو صحيحٌ ، وله إجْبارُها ، كالأبِ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وذلك على ما يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ أرْكانِ النِّكاحِ ، والخِلافِ فيه . قال المَجْدُ فى « شَرْحِه » ، بعدَ ذِكْرِ الخِلافِ فى الوَصِيَّةِ بالنِّكاحِ : وعلى هذا ، تصِحُّ الوَصِيَّةُ بالخِلافَةِ مِنَ الإمامِ . وبه قال الإمامُ الشَّافِعِىُّ ، رَحِمَه اللهُ . قلتُ : وقطَع به الحارِثِىُّ وغيرُه .

الشرح الكبير

كالوَكالَةِ ، فيَجُوزُ أن يُوصِىَ إليه بقَضاءِ دُيُونِه واقْتِضائِها ، ورَدِّ الوَدائعِ واسْتِرْدادِها ؛ لأنَّه يَمْلِكُ ذلك ، فمَلَكَه وَصِيُّه . فأمّا النَّظَرُ لورثتِه فى أمْوالِهم ، فإن كان ذا وِلايةٍ عليهم ، كأولادِه الصِّغارِ والمَجانِينِ ، ومَن لم يُؤْنَسْ رُشْدُه ، فله أن يُوصِىَ إلى مَن يَنْظُرُ لهم فى أمْوالِهم بحِفْظِها ، ويَتَصَرَّفُ لهم فيها بما لهُمُ الحَظُّ فيه . فأمّا مَن لا وِلايةَ له عليهم ، كالعُقَلاءِ الراشِدِين ، وغيرِ أولادِه مِن الإِخوةِ والأعْمامِ وسائِرِ مَن عَدَا الأوْلادِ ، فلا تصحُّ الوصيةُ عليهم ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ للمُوصِى عليهم فى الحياةِ ، فلا يكونُ ذلك لنائبِه بعدَ المماتِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا كُلِّه خِلافًا . وبه يقولُ أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، ومالكٌ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ والشافعىَّ قالا : للجَدِّ وِلايةٌ على ابنِ ابْنِه وإن سَفَل ؛ لأنَّ له وِلادَةً وتَعْصِيبًا ، فأشْبَهَ الأبَ . ولأصحاب الشافعىِّ فى الأُمِّ عندَ عَدَمِ الأبِ والجَدِّ وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لها وِلايةٌ ؛ لأنَّها أحَدُ الأبَوَيْن ، فأشْبَهَتِ الأبَ . ولَنا ، أنَّ الجَدَّ يُدْلِى بواسطَةٍ ، أشْبَهَ الأخَ والعَمَّ ، بخلافِ [٥/٢٢٠ و] الأبِ ، فإنَّه يُدْلِى بنَفْسِه ، ويَحْجُبُ الجَدَّ ، ويُخالِفُه فى مَنْزِلَتِه وحَجْبِه ، فلا يَصِحُّ إلْحاقُه به ولا قِياسُه عليه . وأمّا المرأةُ فلا تَلِى ؛ لأنَّها قاصِرَةٌ لا تَلِى النِّكاحَ بحالٍ ، ولا تَلِى مالَ غيرِها ، كالعبدِ .

الإنصاف

تنبيهٌ آخَرُ : ظاهِرُ قوْله : والنَّظَرِ فى أمْرِ الأطْفالِ . أنَّه لا يصِحُّ أن يجْعلَه وَصِيًّا على البالغِ الرَّشيدِ مِن أوْلادِه[1] وغيرِهم مِنَ الوُرَّاثِ . وهو صحيحٌ . وكذا لا يصِحُّ الإيصاءُ إليه باسْتِيفاءِ دَيْنِه مع بلُوغِ الوارثِ ورُشْدِه ، ولو مع غَيْبَتِه . ومفْهومُ قوْله : يمْلِكُ المُوصِى فِعْلَه . أنَّه لا يصِحُّ الإيصاءُ بما لا يمْلِكُ فِعْلَه . وهو صحيحٌ .

---

(١) فى الأصل : « أولادهم » .

المقنع وَإذَا أَوْصَى إِلَيْهِ فِى شَىْءٍ لَمْ يَصِرْ وَصِيًّا فِى غَيْرِهِ .

الشرح الكبير **٢٧٧٧** – مسألة : (وإذا أَوْصَى إليه فى شىءٍ لم يَصِرْ وَصيًّا فى غيرِه) يجوزُ أن يُوصِىَ إلى رجلٍ بشىءٍ دُونَ شىءٍ ، مثل أن يُوصِىَ إليه بتفريقِ ثُلثِه دُونَ غيرِه ، أو بقَضاءِ دُيُونِه ، أو بالنَّظَرِ فى أمرِ أطْفالِه حَسْبُ ، فلا يكونُ له غيرُ ما جَعَل إليه . ويجوزُ أن يُوصِىَ إلى إنْسانٍ بتفرِيقِ وصيتِه ، وإلى آخَرَ بقَضاءِ دُيُونِه ، وإلى آخَرَ بالنَّظَرِ فى أمرِ أطفالِه ، فيكونُ لكلٍّ واحدٍ ما جَعَلَ إليه دُونَ غيرِه . ومتى أَوْصَى إليه بشىءٍ ، لم يَصِرْ وصيًّا فى غيرِه . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يكونُ وصيًّا فى كلِّ ما يَمْلِكُه المُوصِى ؛ لأنَّ هذه وِلايةٌ تَنْتَقِلُ مِن الأبِ بمَوْتِه ، فلا تَتَبعَّضُ ، كوِلايةِ الجَدِّ . ولَنا ، أنَّه استفادَ التَّصَرُّفَ بالإِذْنِ مِن جِهَةِ الآدَمِىِّ ، فكان مَقْصُورًا على ما أذِنَ فيه ، كالوَكِيلِ ، ووِلايةُ الجَدِّ ممنوعةٌ ، ثم تلك وِلايةٌ استفادَها بقَرابَتِه ، وهى لا تَتَبعَّضُ ، والإِذْنُ يَتَبعَّضُ ، فافْتَرَقا .

فصل : ولا بَأْس بالدُّخولِ فى الوصيةِ ، فإنَّ الصحابةَ رَضِىَ اللهُ عنهم ، كان بعضُهم يُوصِى إلى بعضٍ فيَقْبَلُون الوصيةَ ، فرُوِىَ عن أبى عُبَيْدَةَ أنَّه لَمّا عَبَر الفُراتَ أَوْصَى إلى عُمَرَ . وأَوْصَى إلى الزُّبَيْرِ سِتَّةٌ مِن أصحابِ النبىِّ ﷺ ؛ عُثْمانُ ، وابنُ مسعودٍ ، والمِقْدادُ ، وعبدُ الرحمنِ بنُ عَوْفٍ ،

الإنصاف فلا تصِحُّ وَصِيَّةُ المَرْأةِ بالنَّظَرِ فى حقِّ أوْلادِها الأصاغِرِ ، ونحوُ ذلك . قاله فى « الوَجيزِ » وغيرِه .

الشرح الكبير

ومُطِيعُ بنُ الأَسْوَدِ ، وآخَرُ[1] . ورُوِىَ عن ابنِ عُمَرَ ، أَنَّه كان وَصِيًّا لرجلٍ . وفى وصيةِ ابنِ مسعودٍ : إن حَدَثَ بى حادِثُ الموتِ مِن مَرَضِى هذا ، أَنَّ مَرْجِعَ وَصِيَّتِى إلى اللهِ عَزَّ وجَلَّ ، ثم إلى الزُّبَيْرِ بنِ العَوّامِ وابنِه عبدِ اللهِ[2] . ولأَنَّها[3] وكالَةٌ وأمانَةٌ ، فأشْبَهَتِ الوَدِيعَةَ والوَكالَةَ فى الحياةِ . وقِياسُ مَذْهَبِ أحمدَ أنَّ تَرْكَ الدُّخُولِ فيها أَوْلَى ؛ لِما فيها مِن الخطَرِ ، وهو لا يَعْدِلُ بالسَّلامَةِ شيئًا ، ولذلك يَرَى تَرْكَ الالْتِقاطِ وتَرْكَ الإِحْرامِ قبلَ المِيقاتِ أفْضَلَ ؛ طلبًا للسلامةِ واجْتِنابًا للخَطَرِ ، وقد رُوِىَ أَنَّ النبىَّ ﷺ قال لأبى ذَرٍّ : « إِنِّى أَرَاكَ ضَعِيفًا ، وَإِنِّى أُحِبُّ لَكَ مَا أُحِبُّ لِنَفْسِى ، فَلَا تَأَمَّرَنَّ عَلَى اثْنَيْنِ ، وَلَا تَوَلَّيَنَّ مَالَ يَتِيمٍ » . أخرَجَه مسلمٌ[4] .

فصل : فإن ماتَ رجلٌ لا وَصِىَّ له ، ولا حاكمَ فى بَلَدِه ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أَنَّه يجوزُ لرجلٍ مِن المسلمين [٥/٢٢٠ ظ] أن يَتَوَلَّى أَمْرَه ، ويَبِيعَ ما دَعَتِ الحاجةُ إلى بَيْعِه ، فإنَّ صالِحًا نَقَل عنه ، فى رجلٍ بأرْضِ غُرْبَةٍ لا قاضِىَ بها ، مات وخَلَّفَ جَوارِىَ ومالًا ، أتَرَى لرجلٍ

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب الأوصياء ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٨٢ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٨ .

(٣) فى الأصل : « لأنه » .

(٤) فى : باب كراهة الإمارة بغير ضرورة ، من كتاب الإمارة : صحيح مسلم ٣/١٤٥٨ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الدخول فى الوصايا ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢/١٠٢ . والنسائى ، فى : باب النهى عن الولاية على مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦/٢١٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/١٨٠ .

المقنع وَإِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ بِتَفْرِيقِ ثُلُثِهِ فَأَبَى الْوَرَثَةُ إِخْرَاجَ ثُلُثِ مَا فِى أَيْدِيهِمْ ، أَخْرَجَهُ كُلَّهُ مِمَّا فِى يَدِهِ . وَعَنْهُ، يُخْرِجُ ثُلُثَ مَا فِى يَدِهِ [١٧٢ظ] وَيَحْبِسُ بَاقِيَهُ حَتَّى يُخْرِجُوا.

الشرح الكبير مِن المسلمين بَيْعَ ذلك ؟ فقال : أمّا المَنافِعُ والحَيوانُ ، فإنِ اضْطُرُّوا إلى بَيْعِه ولم يكُنْ قاضٍ ، فلا بَأْسَ ، وأمّا الجَوارِى فأُحِبُّ أن يَتَوَلَّى بَيْعَهُنَّ حاكمٌ مِن الحُكّامِ . وإنَّما تَوَقَّفَ عن بَيْعِ الإماءِ على طَرِيقِ الاخْتِيارِ احْتِياطًا ؛ لأنَّ بَيْعَهُنَّ يَتَضَمَّنُ إباحَةَ فَرْجٍ ، وأجاز بَيْعَ ذلك ؛ لأنَّه مَوْضِعُ ضَرُورَةٍ .

٢٧٧٨ – مسألة : (وإذا أَوْصَى إليه بتَفْرِقَةِ ثُلُثِه فأبَى الورثةُ إخْراجَ ثُلُثِ ما فى أيْدِيهم) ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما (يُخْرِجُ الثُّلُثَ كلَّه ممّا فى يَدِه) نَقَلَها أبو طالِبٍ ؛ لأنَّ حَقَّ المُوصَى له مُتَعَلِّقٌ بأجْزاءِ التَّرِكَةِ ، فجاز أن يَدْفَعَ إليه ممّا فى يَدِه ، كما يَدْفَعُ إلى بعضِ الورثةِ . والأُخْرَى ، يَدْفَعُ إليه ثُلُثَ ما فى يَدِه ، ولا يُعْطِيهم شيئًا ممّا فى يَدِه حتى يُخْرِجُوا ثُلُثَ ما

الإنصاف قوله : وإذا أَوْصَى بتَفْرِيقِ ثُلُثِه فأَبَى الوَرَثَةُ إخْراجَ ثُلُثِ ما فى أَيْدِيهم – وكذا لو جحَدُوا ما فى أيْدِيهم – أَخْرَجَه كُلَّه ممَّا فى يَدِه . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَتَيْن » ، [٢٧٩/٢و] و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وعنه ، يُخْرِجُ ثُلُثَ ما فى يَدِه ، ويحْبِسُ باقِيَه ؛ ليُخْرِجُوا ثُلُثَ ما معهم . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . وذكَر أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » ، أنَّه لا يَحْبِسُ

الشرح الكبير

فى أَيْدِيهم . نَقَلَها أبو الحارِثِ ؛ لأنَّ صاحِبَ الدَّيْنِ إذا كان فى يَدِه مالٌ ، لم يَمْلِكِ اسْتِيفاءَه ممّا فى يَدِه ، كذا هٰهُنا . ويُمْكِنُ حَمْلُ الرِّوايتَيْن على اخْتِلافِ حالَيْن ، فالرِّوايةُ الأُولَى مَحْمُولَةٌ على ما إذا كان المالُ جِنْسًا واحِدًا ، فللوَصِىِّ أن يُخْرِجَ الثُّلُثَ كلَّه ممّا فى يَدِه ؛ لأنَّه لا فائِدَةَ فى انْتِظارِ إخْراجِهم ممّا فى أَيْدِيهم مع اتِّحادِ الجِنْسِ ، والروايةُ الثانيةُ محمولةٌ على ما إذا كان المالُ أجْناسًا ، فإنَّ الوصيةَ تَتَعلَّقُ بثُلُثِ كلِّ جِنْسٍ ، فليس له أن يُخْرِجَ عِوَضًا عن ثُلُثِ ما فى أَيْدِيهم ممّا فى يَدِه ؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ لا تجوزُ إلَّا برِضاهم . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

الباقِىَ ، بل يُسَلِّمُه إليهم ، ويُطالِبُهم بثُلُثِ ما فى أَيْدِيهم . وهو رِوايَةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » . قال المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الشَّارِحُ : ويُمْكِنُ حَمْلُ الرِّوايتَيْن الأُولتَيْن على اخْتِلافِ حالَيْن ؛ فالأُولَى مَحْمَولَةٌ على ما إذا كان المالُ جِنْسًا واحِدًا ، والثَّانيةُ مَحْمَولَةٌ على ما إذا كان المالُ أجْناسًا ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تتعَلَّقُ بثُلُثِ كُلِّ جنْسٍ . وقال فى « الرِّعايةِ » : وقيل : إنْ كانتِ التَّرِكَةُ جِنْسًا واحِدًا ، أَخْرَجَ الثُّلُثَ كلَّه ممَّا معه ، وإلَّا أَخْرَجَ ثُلُثَه فقط .

فائدة : لو ظهَر دَيْنٌ يسْتَغْرِقُ التَّرِكَةَ ، أو جَهِلَ مُوصًى له ، فتصَدَّقَ بجميعِ الثُّلُثِ هو أو حاكِمٌ ، ثم ثبَت ذلك ، لم يضْمَنْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : قلتُ : بل يرْجِعُ به لوَفاءِ الدَّيْنِ . وعنه ، يضْمَنُ .

المقنع وَإِنْ أَوْصَاهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ مُعَيَّنٍ فَأَبَى ذَلِكَ الْوَرَثَةُ، قَضَاهُ بِغَيْرِ عِلْمِهِمْ . وَعَنْهُ ، فِى مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِمَيِّتٍ وَعَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ ، أَنَّهُ يَقْضِى دَيْنَ الْمَيِّتِ إِنْ لَمْ يَخَفْ تَبِعَةً .

الشرح الكبير **٢٧٧٩** – مسألة : (وإن أوْصاه بقَضاءِ دَيْنٍ مُعَيَّنٍ فأبى الورثةُ ذلك ، قَضاه بغيرِ عِلْمِهم) لأنَّه واجِبٌ سواءٌ رَضُوا به أو أبَوْه ، فإذا أبَوْه قَضاهُ ، كما لو وَصَّى لرجلٍ بمُعَيَّنٍ يَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ فلم يَقْبَلُوا الوصيةَ ، فإنَّه يَدْفَعُ إليه وصيتَه بغيرِ رِضاهم ، ولا يُعْتَبرُ عِلْمُهم ، كذا هٰهُنا . وعن أحمدَ (فى مَن عليه دَيْنٌ لمَيِّتٍ وعلى المَيِّتِ دَيْنٌ ، أَنَّه يَقْضِى دَيْنَ المَيِّتِ إن لم يَخَفْ تَبِعَةً) يَعْنِى إذا خاف أن يَطْلُبَه الورثةُ بما عليه ويُنْكِرُوا الدَّيْنَ الذى على مَوْرُوثِهم ، فلا يَقْضِيه ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ رُجُوعَهم عليه . وإن لم يَخَفْ ذلك قَضَى دَيْنَ المَيِّتِ الذى عليه بدَيْنِ المَيِّتِ الذى له ، لِما فيه مِن تَبْرِئَةِ ذِمَّتِه وذِمَّةِ المَيِّتِ .

الإنصاف قوله : وإنْ أَوْصاه بقَضاءِ دَيْنٍ مُعَيَّنٍ ، فأَبَى ذلك الوَرَثَةُ ، قَضَاه بغيرِ عِلْمِهم . يَعْنِى إذا جحَدُوا الدَّيْنَ ، وتَعذَّرَ ثُبوتُه ، أو أَبَوُا الدَّفْعَ . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . وعنه ، لا يقْضِيه بغيرِ عِلْمِهم إلَّا ببَيِّنَةٍ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقال فى « الرِّعايةِ » وغيرِه : وعنه ، يقْضِيه إنْ أذِنَ له فيه حاكِمٌ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهِدايَةِ » : اخْتارَه أبو بَكْرٍ . وعنه ، فى مَن عليه دَيْنٌ لمَيْتٍ ، وعلى المَيْتِ دَيْنٌ ، أنَّه يقْضِى دَيْنَ المَيْتِ ، إنْ لم يخَفْ تَبِعَةً . وهذه الرِّوايَةُ

الشرح الكبير

فصل : إذا عَلِم المُوصَى إليه أنَّ على المَيِّتِ دَيْنًا ، إمّا بوصيةِ المَيِّتِ أو غيرِها ، فقال أحمدُ : لا يَقْضِيه إلَّا ببَيِّنَةٍ . قيل له : فإن كان ابنُ المَيِّتِ يُصَدِّقُه . قال : يكونُ [٥/٢٢١ و] ذلك فى حِصَّةِ مَن أقَرَّ بقَدْرِ حِصَّتِه . وقال فى مَن اسْتَوْدَعَ رجلًا ألْفَ دِرهمٍ ، فقال : إن أنا مِتُّ ، فادْفَعْها إلى ابْنِى الكَبِيرِ . وله ابْنان ، أو قال : ادْفَعْها إلى أجْنَبِىٍّ . فقال : إن دَفَعَها إلى أحَدِ الابْنَيْن ضَمِن للآخرِ قَدْرَ حِصَّتِه ، وإن دَفَعَها إلى الآخرِ ضَمِن . وَلَعَلَّ هذا مِن أحمدَ فيما إذا لم يُصَدِّقِ الورثةُ الوَصِىَّ و لم يُقِرُّوا ، فلا يُقْبَلُ قولُه عليهم ، وليس له الدَّفْعُ بغيرِ إذْنِهم ؛ لأنَّ قولَه : أقَرَّ عندِى ، وأذِنَ لى . إثْباتُ وِلايَةٍ[1] ، فلا يُقْبَلُ قولُه فيه ، ولا شهادَتُه ؛ لأنَّه يَشْهَدُ لنفسِه

الإنصاف

عامَّةٌ فى المُوصَى إليه وغيرِه . فإنْ كان الذى عليه الدَّيْنُ غيرَ المُوصَى إليه ، ويعْلَمُ أنَّ المَيْتَ الذى له الدَّيْنُ عليه دَيْنٌ لآخَرَ ، وجحَدَه الوَرَثَةُ ، فقَضاه ممَّا عليه ، ففيه ثلاثُ رِواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، هذه . أعْنِى يقْضِيه إنْ لم يخَفْ تَبِعَةً . والثَّانيةُ ، لا يقْضِيه ، ولا يبْرَأُ بذلك . قدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . والثَّالثةُ ، يَبْرَأُ الدَّافِعُ بالقَضاءِ باطِنًا . وهى هذه الرِّوايَةَ النَّاظِمُ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفائقِ » ، وأطْلَقَ الأخِيرَتَيْن فى « الفُروعِ » . وقدَّم فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، جَوازَ قَضائِه مُطْلَقًا فى الباطِنِ .

فائدة : لو أقامَ الذى له الحَقُّ بَيِّنَةً شهِدَتْ بحَقِّه ، فهل يلْزَمُ المُوصَى إليه الدَّفْعُ إليه بلا حُضُورِ حاكِمٍ ؟ فيه رِوايَتان . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ،

---

(١) فى م : « ولائه » .

الشرح الكبير

بالوِلايَةِ . وقد نَقَل أبو داودَ ، فى رجلٍ أَوْصَى أنَّ لفُلانٍ عَلَىَّ كذا : يَنْبَغِى للوَصِىِّ أن يُنْفِذَه ، ولا يَحِلُّ له إن لم يُنْفِذْه . فهذه المسألةُ محمولةٌ على أنَّ الورثةَ يُصَدِّقُون الوَصِىَّ أو المُدَّعِىَ ، أو له بَيِّنةٌ بذلك ، جمعًا بينَ الرِّوايَتَيْن ، ومُوافَقَةَ الدَّليلِ . قيل لأحمدَ : فإن عَلِم المُوصَى إليه لرجلٍ حَقًّا على المَيِّتِ ، فجاء الغريمُ يُطالِبُ الوَصِىَّ ، وقَدَّمَه إلى القاضى لِيَسْتَحْلِفَه أنَّ مالى فى يَدَيكَ حَقٌّ . فقال : لا يَحْلِفُ ، ويُعْلِمُ القاضِىَ بالقَضِيَّةِ ، فإن أعْطاه القاضى فهو أعْلَمُ . فإنِ ادَّعَى رجلٌ دَيْنًا على المَيِّتِ وأقام بَيِّنَةً ، فهل يجوزُ للوَصِىِّ قَبُولُها وقضاءُ الدَّيْنِ بها مِن غيرِ حُضُورِ حاكمٍ ؟ فكلامُ أحمدَ يَدُلُّ على رِوايَتَيْن ؛ إحْداهما ، لا يجوزُ الدَّفْعُ إليه بدَعْواه ، إلَّا أن تَقُومَ بَيِّنَةٌ . فظاهِرُ هذا أنَّه جَوَّزَ الدَّفْعَ بالبينةِ مِن غيرِ حُكْمِ حاكمٍ ؛ لأنَّ البيِّنَةَ حُجَّةٌ له . وقال فى مَوْضِعٍ آخَرَ : إلَّا أن تَثْبُتَ بَيِّنةٌ عندَ الحاكِمِ بذلك . فأمَّا إن صَدَّقَهم الورثةُ ، قُبِل ؛ لأنَّه إقْرارٌ منهم على أنفسِهم .

الإنصاف

و « الفُروعِ » . لكِنْ جعْلَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، فى جَوازِ الدَّفْعِ ، لا فى لُزومِ الدَّفْعِ . قال ابنُ أبى المَجْدِ ، فى مُصَنَّفِه : لَزِمَه قَضاؤُه بدُونِ حُضورِ حاكِمٍ ، على الأصحِّ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » .

فائدة : يجوزُ لمَن عليه دَيْنٌ لمَيِّتٍ ، أنْ يدْفَعَ إلى مَن أَوْصَى له به ، إذا كان مُعَيَّنًا ، وإنْ شاءَ دَفَعَه إلى وَصِىِّ المَيْتِ ؛ ليدْفَعَه إلى المُوصَى له به . وهو أَوْلَى . فإنْ لم يُوصِ به ، ولا بقَبْضِه عَيْنًا ، لم يبْرَأْ إلَّا بدَفْعِه إلى المُوصَى إليه والوارِثِ معًا .

المقنع

وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْكَافِرِ إِلَى الْمُسْلِمِ ، وَإِلَى مَنْ كَانَ عَدْلًا فِي دِينِهِ .

الشرح الكبير

٢٧٨٠ – مسألة : (وتَصِحُّ وصيةُ الكافِرِ إلى المُسْلِمِ) إذا لم تكُنْ تَرِكَتُه خَمْرًا أو خِنْزِيرًا ؛ لأنَّ المُسلمَ مَقْبُولُ الشَّهادَةِ عليه وعلى غيرِه . فأمَّا وصيةُ الكافرِ إلى الكافرِ العَدْلِ فى دِينِه ، ففيها وَجْهان ؛ أحَدُهما ، تصحُّ الوصيةُ إليه . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه يَلِى بالنَّسَبِ فيَلِى بالوصيةِ ، كالمسلمِ . والثانى ، لا يصحُّ . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه فاسِقٌ ، فلم تصحَّ الوصيةُ إليه ، كفاسِقِ المسلمين . ولأصحابِ الشافعىِّ وَجْهانِ كهَذَيْن . فإن لم يكنِ الكافِرُ عَدْلًا فى دِينِه ، لم تصحَّ الوصيةُ إليه ؛ لأنَّ عَدَمَ العَدالَةِ فى المسلمِ تَمْنَعُ صحةَ الوصيةِ إليه ، فالكافِرُ أوْلَى .

الإنصاف

وقيل : أو المُوصَى إليه بقَبْضِ حقوقِه[1] . وهو احْتِمالٌ فى « الرِّعايةِ » . وإنْ صرَف أجْنَبِىٌّ المُوصَى به لمُعَيَّنٍ ، وقيل : أو لغيرِه ، فى جِهَتِه ، لم يضْمَنْه ، وإنْ وَصَّاه بإعْطاءِ مُدَّعٍ دَيْنًا بيَمِينِه ، نفَذَه مِن رَأْسِ مالِه . قالَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . ونقَل ابنُ هانِئٍ ، ببَيِّنَةٍ . ونقلَه عَبْدُ اللهِ . ونقَل عَبْدُ اللهِ أيضًا ، يُقْبَلُ مع صِدْقِ المُدَّعِى .

تنبيه : قوْلُه : وتصِحُّ وَصِيَّةُ الكافِرِ إلى مُسْلِمٍ . بلا نِزاعٍ ، لكِنْ بشَرْطِ أنْ لا يكونَ فى تَرِكَتِه خَمْرٌ ولا خِنْزِيرٌ .

قوله : وإلى مَن كان عَدْلًا فِى دِينِه . يعْنِى ، أنَّ وَصِيَّةَ الكافِرِ إلى كافرٍ تصِحُّ ، إذا كان عَدْلًا فى دِينِه . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » . وقدَّمه ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، وابنُ رَزِينٍ

---

(١) بياض فى الأصل .

المقنع

وَإِذَا قَالَ : ضَعْ ثُلُثِي حَيْثُ شِئْتَ . أَوْ : أَعْطِهِ مَنْ شِئْتَ . لَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُهُ وَلَا دَفْعُهُ إِلَى وَلَدِهِ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازُ ذَلِكَ ؛ لِتَنَاوُلِ اللَّفْظِ لَهُ .

الشرح الكبير

٢٧٨١ – مسألة : (إذا قال : ضَعْ ثُلُثِي حيثُ شِئْتَ . أو : أعْطِه مَن شِئْتَ . لم يَجُزْ له أخْذُه ولا دَفْعُه إلى وَلَدِه) ولا والِدِه . قال أحمدُ : إذا كان في يَدِه مالٌ [٥/٢٢١ ظ] للمَساكِينِ وأبْوابِ البِرِّ ، وهو مُحْتاجٌ إليه ، فلا يَأْكُلْ منه شيئًا ، إنَّما أُمِرَ بتَنْفِيذِه . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ : إذا قال المُوصِى : جَعَلْتُ لك أن تَضَعَ ثُلُثِي حيثُ شِئْتَ . أو : حيث رأيْتَ . فله أخْذُه لنَفْسِه ووَلَدِه . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ ذلك عندَنا أيضًا ؛ لأنَّ لَفظَ المُوصِى يَتناوَلُه . ويَحْتَمِلُ أن يُنْظَرَ

الإنصاف

فى « شَرْحِه » . قال الحارِثِيُّ : الأظهرُ الصِّحَّةُ . واخْتارَه القاضى . قال المَجْدُ : وَجَدْتُه بخَطِّه . وقيل : لا تصِحُّ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : ولا تصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى كافرٍ . قال فى « المُذْهَبِ » : ولا تصِحُّ إلَّا إلى مُسْلِمٍ . وكذا هو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » . وأطْلَقَهما فى « الفُصولِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وظاهِرُ كلامِ المَجْدِ وجماعةٍ ، أنَّه لو كان غيرَ عَدْلٍ فى دِينِه ، أنَّ فيه الخِلافَ الذى فى المُسْلِمِ .

قوله : وإذا قال : ضَعْ ثُلُثِى حيث شِئْتَ . أو : أعْطِه مَن شِئْتَ . لم يجُزْ له أخْذُه ، وَلا دَفْعُه إلى وَلَدِه . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه .

الشرح الكبير

إلى قَرائِنِ الأحْوالِ ، فإن دَلَّتْ على أنَّه أراد أخْذَه منه ، مثلَ أن يكونَ من جُمْلَةِ المُسْتَحِقِّينَ الذين يُصْرَفُ إليهم ذلك ، أو عادَتُه الأخْذُ مِن مِثْلِه ، فله الأخْذُ منه ، وإلَّا فلا . ويَحْتَمِلُ أنَّ له إعْطاءَ وَلَدِه وسائِرِ أقارِبه إذا كانوا مُسْتَحِقِّين دُونَ نَفْسِه ؛ لأنَّه مَأْمُورٌ بالتَّفْريقِ ، وقد فَرَّقَ فى مَن يَسْتَحِقُّ ، فأشْبَهَ الدَّفْعَ إلى الأجْنَبِيِّ . ولَنا ، أنَّه تَمْلِيكٌ مَلَكَه بالإِذْنِ ، فلا يجوزُ أن يكونَ قابِلًا ، كما لو وَكَّلَه فى بَيْعِ سِلْعةٍ ، لم يَجُزْ بَيْعُها مِن نَفْسِه .

الإنصاف

وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقال : اخْتارَه الأكْثَرون فى الوَلَدِ . ويحْتَمِلُ جوازَ ذلك ؛ لتَناوُلِ اللَّفْظِ له ، [1]ويَحْتَمِلُ جوازَ ذلك مع القَرِينَةِ فقط . واخْتارَ المُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، جوازَ دَفْعِه إلى وَلَدِه[1] . قال الحارِثِىُّ : وهو المذهبُ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ أنَّه لا يجوزُ . قال [٢٧٩/٢ظ] فى « المُحَرَّرِ » : ومَنَعَه أصحابُنا .

تنبيه : مَفْهومُ قوْلِه : لم يجُزْ له أخْذُه ولا دَفْعُه إلى وَلَدِه . جوازُ أخْذِ والِدِه وأقارِبِه الوارِثين ، سواءٌ كانُوا أغْنِياءَ أو فُقَراءَ . وهذا اخْتِيارُ المُصَنِّفِ ، والمَجْدِ . قال الحارِثِىُّ : وهو المذهبُ . والصَّحيحُ مِنَ المَذهبِ ، أنَّه لا يجوزُ دفْعُه إليهم . نصَّ عليه ، كولَدِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . واخْتارَ جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ ، أنَّه [2]لا يجوزُ دفْعُه إلى ابْنِه فقط . وذكَر جماعةٌ مِنَ الأصحابِ ، أنَّه[2] لا يُعْطِى الوَلَدَ ولا الوالِدَ ؛ منهم صاحِبُ « النَّظْمِ » . وذكَر ابنُ رَزِينٍ فى مَنْعِ مَن يمُونُه وَجْهًا .

(١ - ١) سقط من : الأصل .
(٢ - ٢) سقط من : ط .

المقنع

وَإِنْ دَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى بَيْعِ بَعْضِ الْعَقَارِ لِقَضَاءِ دَيْنِ الْمَيِّتِ ، أَوْ حَاجَةِ الصِّغَارِ ، وَفِي بَيْعِ بَعْضِهِ نَقْصٌ ، فَلَهُ الْبَيْعُ عَلَى الْكِبَارِ وَالصِّغَارِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ عَلَى الْكِبَارِ ، وَهُوَ أَقْيَسُ .

الشرح الكبير

٢٧٨٢ – مسألة : (وإن دَعَتِ الحاجةُ إلى بَيْعِ بعضِ العَقَارِ لقَضاءِ دَيْنِ المَيِّتِ ، أو حاجةِ الصِّغارِ ، وفى بَيعِ بعضِه نَقْصٌ ، فله البَيْعُ على الكِبارِ والصِّغارِ) وقال أبو حنيفةَ ، وابنُ أبى لَيْلَى : يجوزُ البَيْعُ على الصِّغارِ والكِبارِ فيما لا بُدَّ منه ، وكذلك إن كان جَمِيعُهم كِبارًا وهناك دَيْنٌ أو وصيةٌ . وقيل : لا يَمْلِكُ أن يَبِيعَ إلَّا ما يَخْتَصُّ[1] الصِّغارَ ، وبقَدْرِ الدَّيْنِ والوصيةِ . ولَنا ، أنَّه وَصِىٌّ يملِكُ بيْعَ بعضِ التَّرِكَةِ ، فمَلَكَ بيْعَ جَمِيعِها ، كما لو كان جميعُ الورثةِ[2] صِغارًا وكان الدَّيْنُ يَسْتَغْرِقُ التَّرِكَةَ ، ولأنَّ

الإنصاف

فائدة : قال فى « الفائقِ » : وليس له دَفْعُه إلى وَرَثَةِ المُوصِى . ذكَرَه المَجْدُ فى « شَرْحِ الهِدايَةِ » . ونصَّ عليه ، فى رِوايَةِ أبى الصَّقْرِ ، وأبى داودَ . وقالَه الحارِثِىُّ .

قوله : وإنْ دَعَتِ الحاجَةُ إلى بَيْعِ بعضِ العَقارِ لقَضاءِ دَيْنِ المَيِّتِ أو حاجَةِ الصِّغارِ ، وفى بَيْعِ بعضِه نَقْصٌ ، فله البَيْعُ على الكِبارِ والصِّغارِ . يعْنِى ، إذا امْتَنَعَ الكِبارُ مِنَ البَيْعِ ، أو كانوا غائِبِين . وهذا المذهبُ ، نصَّ عليه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأزَجِىِّ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ،

(١) فى م : « يخطى » .
(٢) فى الأصل : « التركة » .

الشرح الكبير

الوَصِىَّ قائِمٌ مَقامَ الأبِ ، وللأبِ أن يَبيعَ الجميعَ ، ولأنَّه لَمّا جاز بَيْعُها فى الدَّيْنِ المُسْتَغْرِقِ ، جاز بَيْعُها فيما لا يَسْتَغْرِقُ ، كالعَيْنِ المَرْهُونَةِ ، ولأنَّ فى بَيْعِ البعضِ نَقْصًا على الصِّغارِ ، فيَتَعَيَّنُ بَيْعُ الجميعِ ؛ دَفْعًا للضَّرَرِ

الإنصاف

و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . قال فى « الفائقِ » : والمَنْصوصُ الإجْبارُ على بَيْعِ غيرِ قابلٍ للقِسْمَةِ ، إذا حصَل ببَيْعِ بعضِه نَقْصٌ ، ولو كان الكُلُّ كِبارًا ، وامْتَنَعَ البعضُ . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ المَيْمُونِىِّ ، وذكَرَه فى « الشَّافِى » . واخْتارَه شيْخُنا ؛ لتعَلُّقِ الحقِّ بِنِصْفِ القِيمَةِ للشَّريكِ ، لا بقِيمَةِ النِّصْفِ . انْتَهَى كلامُ صاحِبِ « الفائقِ » . ويحْتَمِلُ أنَّه ليس له البَيْعُ على الكِبارِ . وهو أقْيَسُ . فاخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ ؛ لأنَّه لا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ . وقيل : يبِيعُ بقَدْرِ حِصَّةِ الصِّغارِ ، وقَدْرِ الدَّيْنِ والوَصِيَّةِ ، إنْ كانتْ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : قلتُ : إنْ قُلْنا : التَّرِكَةُ لا تنْتَقِلُ إليهم مع الدَّيْنِ . جازَ بَيْعُه للدَّيْنِ والوَصِيَّةِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو كان الكُلُّ كِبارًا ، وعلى المَيِّتِ دَيْنٌ ، أو وَصِيَّةٌ ، باعَه المُوصَى إليه ، إذا أبَوْا بَيْعَه ، وكذا لو امْتَنَعَ البعضُ . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ المَيْمُونِىِّ . وتقدَّم ذلك فى كلامِ صاحِبِ « الفائقِ » . الثَّانيةُ ، لو ماتَ شَخْصٌ بمَكانٍ لا حاكِمَ فيه ، ولا وَصِىَّ ، جازَ لمُسْلِمٍ ممَّن حضَرَه ، أنْ يحوزَ تَرِكَتَه ، ويعْمَلَ الأصْلَحَ فيها مِن بَيْعٍ وغيرِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأكثرُ . وقيل : لا يَبيعُ الإماءَ . ذكَرَه فى « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ » : وقيل : يبِيعُ ما يخافُ فَسادَه ، والحَيَوانَ ، ولا يبيعُ رقيقَه إلَّا حاكِمٌ . وعنه ، يلِى بَيْعَ جَوارِيه

الشرح الكبير

عنهم . ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ البَيْعُ على الكِبارِ . وبه قال الشافعيُّ (وهو أقْيَسُ) إن شاء اللهُ تعالى ؛ لأنَّه لا يَجِبُ على الإنْسانِ بيعُ مِلْكِه لِيَزْدادَ ثَمَنُ مِلكِ غيرِه ، كما لو كان شَرِيكُهم غيرَ وارِثٍ . وهذا اخْتِيارُ شيخِنا . وهو الصحيحُ . واللهُ سبحانه وتعالى أعلمُ .

الإنصاف

حاكِمٌ ، إنْ تَعَذَّرَ نقْلُها إلى وَرَثَتِه ، أو مُكاتَبَتُهم ؛ لِيَحْضُروا ويأْخُذُوها . انتهى . ويُكَفِّنُه مِنَ التَّرِكَةِ ، إنْ كانتْ ، ولم تَتَعَذَّرْ ، وإلَّا كفَّنَه مِن عندِه ، ورجَع على التَّرِكَةِ ، إنْ كانتْ ، وإلَّا على مَن تلْزَمُه نَفَقَتُه ، إنْ نوَى الرُّجوعَ ، ولم يُوجَدْ حاكِمٌ ، فإنْ تعَذَّرَ إذْنُه ، أو أبَى الإذْنَ ، رجَع . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : فيه وَجْهان ، كإمْكانِه ولم يسْتَأْذِنْه ، ولم ينوِ ، مع إذْنِه .

فهرس الجزء السابع عشر
من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

فصول فى تصرف المريض

كتاب الوصايا

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب الموصَى له

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب الموصَى إليه

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

آخر الجزء السابع عشر

ويليه الجزء الثامن عشر وأوله :

كتاب الفرائض

والْحَمْدُ للهِ حقَّ حَمْدِهِ



رقم الإيداع ١٠١٤٦/١٩٩٥ م
I.S.B.N : 977 – 256 – 124 – 7

هجر
للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان
المكتب : ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ – فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء – ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة